

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105038202100080-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LILIA BEATRIZ RIVERA MUÑOZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LILIA BEATRIZ RIVERA MUÑOZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 19 de febrero de 1958, por lo que al 1º de

abril de 1994, tenía más de 35 años de edad; que estuvo afiliada al RPM desde el 12 de agosto de 1982, al 30 de noviembre de 1998, donde acumuló 314,71 semanas; que en septiembre de 1998, los asesores de la AFP Porvenir le presentaron el nuevo régimen pensional, y le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM al momento de pensionarse; que no le manifestaron que capital debía acumular, ni los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS; que no le hicieron una asesoría particularizada, ni tuvieron en cuenta que ella era beneficiaria de régimen de transición; que no le explicaron que realizarían inversiones con su capital, ni el tipo de riesgo eran ni que le podían generar pérdidas; que no le realizaron proyecciones pensionales ni le indicaron de forma comparativa sobre los dos régimen pensional para ella poder escoger el mejor y que realizó el traslado del RPM al RAIS.

Narró que, radicó ante la AFP Porvenir y Colpensiones derecho de petición solicitando se declarará la nulidad del traslado de régimen pensional y que como consecuencia de ello fuera retornada al RPM, pero que ambas entidades negaron lo solicitado; y que la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional informándole que cuando cumpliera 62 años de edad tendrá una mesada pensional de \$877.803, mientras que en Colpensiones a esa misma edad sería de \$1.534.257.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que se afilió al ISS y que elevó derecho de petición al cual le dio respuesta de manera oportuna y ceñida a lo legalmente establecido; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó la fecha de vinculación con esa AFP y el derecho de petición radicado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la vinculación de la actora había sido producto de su voluntad y

se había realizado de manera libre, informada y espontanea después de ser ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en el formulario de vinculación en el que demandante había firmado una declaración de que ello era así, documento que además era público y presumía auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del CGP.

Agregó que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de octubre de 2022 (archivo 22 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora LILIA BEATRIZ RIVERA MUÑOZ con destino a la AFP PORVENIR S.A. el 30 DE SEPTIEMBRE DE 1998. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES las cotizaciones integrales efectuadas en favor del demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el de la fecha en que se realizó el pago de la respectiva cotización integral y como índice final, el de la fecha en que se verifique el reembolso con destino al RPMPD, Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, aplique la diferencia con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de la demandante.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Afirmó que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban, por lo que en su criterio no había lugar a la declarar la ineficacia del traslado.

Advirtió que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022 al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que al no acreditarse el deber de información prácticamente de forma inmediata debía deducirse la configuración de esa declaratoria de ineficacia al margen de que no se hayan acreditado los vicios en el consentimiento, pues la CSJ parte de la base de que era la AFP Porvenir quien debía probar que información le había suministrado a la afiliada al momento de su vinculación al RAIS y esta debía ser analizada a fin de determinar si era suficiente para tomar una decisión informada, por lo que en ese particular contexto y acatando la sentencia referida y analizando las pruebas obrantes en el informativo no se evidencia cual fue la información que le entregó a la demandante en 1998, previo a la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Porvenir y por esta vía «*de manera automática y a título de imputación objetiva, pues debe deducir el juzgado la configuración de una ineficacia de su afiliación al RAIS*».

Indicó que, la AFP Porvenir debía reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente recibidos y generados en el RAIS, sin descuento por gastos de administración o cualquier otra índole, y que en caso de estos ser insuficientes aplique la diferencia con cargo a recursos propios de la AFP Porvenir; que en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos fueran girados al Fondo de Solidaridad Pensional.

Declaró no probadas las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado al RAIS se realizó por voluntad de la actora, situación que se ha visto ratificada con los más de 23 años de hacer aportes a ese régimen, por lo que ese traslado gozaba de plena validez y no podía ahora la actora utilizar su propia culpa para beneficiarse; que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señalaba que *«la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley»*; que bajo este contexto, la demandante no había demostrado que hubiese sido engañada por la AFP Porvenir y tampoco se evidencia que se hubiese opuesto a que esa AFP administrara sus recursos.

Indicó que, una vez seleccionado un de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, lo que la afiliada tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto en el que la afiliada debía ir informada acerca de condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que mecería su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS acepto regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante 23 años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia argumentando que, en este asunto no se había acreditado la omisión

al deber de información; que por el contrario se había probado su cumplimiento según las normas de la época, que conforme la jurisprudencia estarían en el estadio primero, donde debía otorgar información clara y transparente sobre las generalidades del sistema pensional, lo cual demostró con el formulario de afiliación, documento que era autentico, público y que no había sido tachado; que era lo único que se exigía a esa data para que el traslado fuera valido, que obligarla a traer otra prueba, era obligarlo a lo imposible.

Indicó que, el deber de información también se acreditaba con la presunción consagrada en el artículo 9 del CC que establecía que la ignorancia de la norma no servía de excusa, lo que implicaba que cuando se promulga una ley es conocida por todos los habitantes de país, por lo que al ser la Ley 100 de 1993, promulgada se presumía que la actora la conocía.

Señaló que, no existía norma o fundamento jurídico que le obligara a trasladar al Fondo de Solidaridad Pensional, lo recursos que quedaran después de enviar a Colpensiones las cotizaciones recibida en su integridad debidamente indexadas, por lo que los rendimientos financieros eran los que quedaban como frutos de la gestión por ellos realizadas, por ende, no había lugar a trasladarlos a otra entidad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora LILIA BEATRIZ RIVERA MUÑOZ nació el 19 de febrero de 1958; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 08 de junio de 1987, al 30 de

septiembre de 1998, un total de 430,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 14 de octubre de 2016 (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii*) que el **30 de septiembre de 1998**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 01 noviembre de 1998 (f.º 74-75 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital) y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**30 de septiembre de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de

que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **30 de septiembre de 1998**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde el año 1998, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado el argumento de Porvenir al señalar que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, máxime en este caso, donde la señora Rivera al momento de firmar el formulario de traslado en 1998 era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, y por ello el deber de información y el

análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como

ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones y la AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

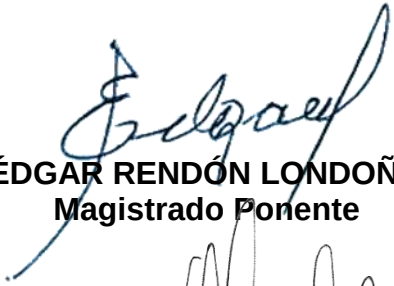
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de noviembre de 1998, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las

mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.

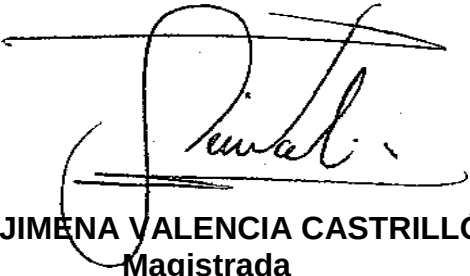
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202200526-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN PERMISO PARA DESPEDIR
DEMANDANTE	EMPRESA PROMOTORA DE SALUD E.P.S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN
DEMANDANDO	MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO
VINCULADO	SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA EPS CONVIDA SINTRACONVIDA.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

La sociedad **EMPRESA PROMOTORA DE SALUD E.P.S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN**, pretende se declare la existencia de una justa causa para la terminación del contrato de la señora Mirta Yanedt Manrique Arévalo debido a la liquidación judicial de la misma, en consecuencia, se ordene el levantamiento de fuero sindical por el cual está amparada y se conceda el permiso para despedirla.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital) señaló, que celebró con la señora Mirta Yanedt Manrique Arévalo un contrato de trabajo a término indefinido el 01 de octubre de 1987, para que desempeñara el cargo de Secretaria Operativa; que tiene calidad de trabajadora oficial; que esta se afilió al Sindicato de Trabajadores Oficiales de la Entidad Administradora del Régimen Subsidiado Convida – SINTRACONVIDA, del cual, para el momento ostenta el cargo de presidente por lo que goza de fuero sindical.

Narró que, mediante Resolución número 2022320030005874 del 14 de septiembre de 2022, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial y nombró al señor Héctor Julio Prieto Cely como agente liquidador, a quien se le otorgó la facultad para poner fin a cualquier clase de contrato «*si los mismos no son necesarios*», por lo que elaboró el programa de supresión de cargos, concluyendo que ya no se requería ningún cargo, pues ya no se desarrollaría el objeto social de la empresa y no se necesitaba más del servicio del personal.

Recordó que, de acuerdo con el artículo 61 del CST la liquidación del establecimiento es una justa causa, pero que para desvincular a la demandada, por gozar de fuero sindical, requería permiso para así no vulnerar sus derechos laborales y sindicales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO** contestó la demanda (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de esta, por no haber incurrido en alguna causal de justa causa para la terminación de la relación laboral. Frente a los hechos, aceptó los relativos a la relación laboral, su cargo; que pertenece a la organización sindical SINTRACONVIDA y que es aforada; que tenía que ver con la resolución 2022320030005874, el nombramiento del liquidador y la facultad otorgada para finalizar contratos, pero al respecto acotó que por su cargo, podría contribuir al proceso de liquidación; sobre la existencia de la justa causa, alega que debe recibir una indemnización pues la liquidación de la empresa no es una causa imputable a los trabajadores y el interés de la empresa al presentar la acción, era evadir un pago que jurisprudencialmente «*es claro y debe cancelarse*».

En su defensa propuso la excepción de prescripción de la acción.

El vinculado SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA EPS CONVIDA SINTRACONVIDA, se le tuvo por notificado, y contestó la demanda en los mismos términos que la señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2023 (archivo 24- 25 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: LEVANTAR el fuero sindical de MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la EPS'S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN, el despido de MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma equivalente a \$200.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al trabajador

(...)

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si era o no procedente el levantamiento del fuero sindical para luego establecer si existía justa causa para el despido de la accionada. Adicionalmente, establecer la viabilidad de la indemnización en caso de que se declare que no existe justa causa para el despido.

Expuso que tanto la parte actora como la pasiva concordaron en la existencia del fuero sindical en cabeza de la segunda y que esto se corroboraba con documentales aportadas al plenario por lo que aceptó la existencia de la protección; que el literal b) del artículo 410 del CST, tiene como justa causa para la autorización del despido de un trabajador la liquidación o clausura definitiva de la empresa; sin embargo, puso de presente jurisprudencia como la CSJ SL4489-2021, según la cual, la terminación de un contrato de trabajo por la liquidación del empleador no implica que el despido ocurra con justa causa pese a que sí configura un despido legal.

Refirió que, en el *sub lite* la liquidación de la EPS demandante se dio por orden de la Superintendencia Nacional de Salud y después de hacer una relación de las pruebas documentales aportadas al proceso, del interrogatorio de parte rendido por la trabajadora y del testimonio recibido, sostuvo que durante el proceso de liquidación de la EPS Convida se había ejecutado un programa de supresión de cargos conforme a la normativa que rige ese tipo de procesos, de forma paulatina y de acuerdo a las condiciones particulares de cada trabajador. Manifestó que, del material probatorio que la compañía actora ya no desarrolla su objeto social de manera que desde que inició el proceso de liquidación, tanto la demandada como la testigo llamada a juicio, dejaron de realizar las funciones que normalmente les

correspondía para ahora llevar a cabo únicamente labores de archivo y llamadas a usuarios.

Explicó que, acorde con lo anterior, existían razones para levantar el fuero sindical y consecuentemente autorizar la terminación del contrato de la señora Manrique Arévalo pues se configuró la causal, aunque no justa, si legal y procedió al estudio de la procedencia de la indemnización por terminación unilateral del contrato.

Consideró que, no procedería el estudio de fondo con relación al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa pues, esa clase de pretensión debe ser analizada y resuelta en un proceso ordinario y no en uno especial tal como el *sub judice* y reforzó su dicho con la sentencia de tutela de «*radicado 28540 del 24 de abril de 2012*», y el auto CSJ AL 3662 del 2020. Además, señaló que proferir una condena por este concepto, implicaría dictar una decisión anticipada a un hecho que no ha ocurrido, como es el despido que se autorizó con el fallo.

Negó la excepción de prescripción propuesta por la pasiva al considerar que los dos meses que el artículo 118 A adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 del 2001, otorgaba para las acciones emanadas de fuero sindical no habían transcurrido, pues en el presente caso, solo se determinaba la posibilidad de prescindir de los servicios de la demandada con el programa de supresión de cargos, el cual fue suscrito por el agente liquidador de la EPS el 3 de octubre del 2022, dentro del término señalado para ello en el artículo 8 el Decreto Ley 254 del 2000, y la demanda fue interpuesta el día 17 de noviembre del 2022.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO**, interpuso recurso de apelación argumentando que el término de prescripción debió contarse desde el momento en que se emitió la resolución que ordenó la liquidación de la EPS y otorgó al agente liquidador la facultad de dar por finalizados los contratos de trabajo que considerara no necesarios pues, desde ese tiempo se conocía que los contratos de trabajo debían finiquitarse.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada **MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO**.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia y en estricta consonancia con el recurso interpuesto, procede esta Sala a determinar, desde que fecha debía contarse el término de la prescripción de las acciones que emanan del fuero sindical.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO ostenta la calidad de trabajadora oficial; *ii)* que fue vinculada a la E.P.S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de octubre de 1987; *iii)* que es afiliada a SINTRACONVIDA, donde goza del cargo de presidenta de este, por lo que tenía fuero sindical; y *iv)* que existe causa legal para dar por terminado su contrato de trabajo.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 118 A del CPTSS adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, frente a este puntual asunto, señala:

ARTÍCULO 118-A. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

(...).

Respecto de la norma transcrita, la Corte Constitucional realizó un estudio de constitucionalidad en la sentencia C-381 del 2000, en donde explicó:

Por ende, y en aras de la naturaleza de la norma en mención, considera esta Corporación que el empleador cuando decida interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador. Esto surge necesariamente del sentido normativo que se desprende del artículo 39 de la Carta, del artículo 25 de la misma y del Convenio 98 de la O.I.T., que garantizan una protección real y efectiva al fuero sindical, teniendo en cuenta que el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad

ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración.

Acorde con lo anterior, es claro que el término prescriptivo de la acción de levantamiento del fuero sindical debe contarse desde la fecha en que el empleador tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa para despedir.

En el presente asunto el hecho que se invoca como dar por terminado el contrato de trabajo de la demandada es el cierre definitivo de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD E.P.S. 'S CONVIDA EN LIQUIDACION.

Al verificar el material probatorio se evidencia: i) que mediante la Resolución 2022320030005874 del 14 de septiembre de 2022, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD E.P.S. 'S CONVIDA EN LIQUIDACION, y entre otras cosas facultó al liquidador para poner fin a cualquier clase de contrato existente al momento de la toma de la posesión, si los mismos no son necesarios (f.º 27-52 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital); ii) que el señor Héctor Julio Prieto Cely tomó posesión el 15 de septiembre de 2022, en calidad de liquidador de la E.P.S. 'S CONVIDA (f.º 53-54 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital); y iii) que conforme el documento «ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN», el liquidador continuaba llevando a cabo el control y reducción del personal de planta de la entidad, teniendo en cuenta diferentes circunstancias, entre ellos las de fuero sindical, para lo cual informó que al 1º de diciembre de 2022, tenían (6) trabajadores con dicha garantía, por lo que desde el 17 de noviembre de 2022, había presentado las demandas de levantamiento de fuero sindical (f.º 3-40 archivo 15, carpeta 1ª inst, exp digital).

También se evidencia que, el Liquidador el 3 de octubre de 2022, realizó un «programa de supresión de cargos de la Empresa Promotora de Salud EPS'S Convida en liquidación» (f.º 41-47 archivo 15, carpeta 1ª inst, exp digital), donde informó que tenían 87 cargos proveídos y 9 vacantes al 15 de septiembre de 2022; que antes de realizar cualquier clase de retiro del personal, debía verificar si había funcionarios con circunstancias especiales, tales como, fuero sindical, fueros de estabilidad reforzada en salud, pre pensionados y personas que estuviesen próximas a adquirir su pensión en cumplimiento de los requisitos de semanas y edad, por lo que estableció que procedería a suprimir de la planta de personal, en primer término, los cargos que se encontraban vacantes y luego los cargos conforme al procedimiento descrito a continuación:

Así las cosas, una vez determinadas: (i) las diferentes situaciones legales y administrativas que correspondan, entre ellas (fueros sindicales, fueros de salud, pre pensionados, necesidades de la liquidación); (ii) Revisada la información consignada en las historias laborales de cada trabajador (iii) La información aportada por los organismos sindicales y (iv) la información aportada por los diferentes trabajadores; la política de la Liquidación será la de suscribir contratos de transacción con cada trabajador que así lo considere, o a realizar el procedimiento del levantamiento del fuero correspondiente ante los organismos judiciales. En los demás casos se entregará la respectiva carta de supresión del cargo de manera personal al trabajador que corresponda.

Conforme lo anterior, considera esta Corporación que si bien la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la apertura del proceso de liquidación de la demandante a través de la Resolución 2022320030005874 del 14 de septiembre de 2022, y desde esa fecha se sabía que la planta de personal debía suprimirse en su totalidad, lo cierto es que de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 1105 de 2006, el liquidador tenía un plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha en que asumió sus funciones, para elaborar el programa de supresión de cargos, luego era a partir de la realización del mismo que debía contarse el término de prescripción para la acción de levantamiento del fuero sindical.

Así las cosas, dado que el «*programa de supresión de cargos de la Empresa Promotora de Salud EPS'S Convida en liquidación*», data del 03 de octubre de 2022, el liquidador tenía hasta el 03 de diciembre de 2022, para interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, y como se observa que lo hizo el 17 de noviembre de 2022 (archivo 03 carpeta 1ª inst, exp digital), es evidente que se encontraba dentro del término fijado en el artículo 118A del CPTSS adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de esta instancia a cargo de la demandada señora MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO, como quiera que el recurso de apelación no prosperó y en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

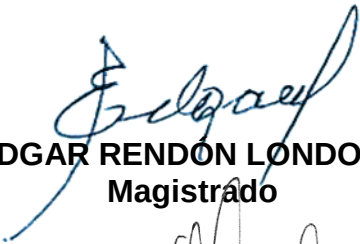
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada señora MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada señora MIRTA YANEDT MANRIQUE ARÉVALO, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202200656-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	JORGE ERNESTO QUINTERO
DEMANDADOS	FAMISANAR EPS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 14 de octubre de 2021 (fº 29-36).

ANTECEDENTES

JORGE ERNESTO QUINTERO acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$4.380.600, por concepto de gastos en que incurrió para el procedimiento «QX COLELAP, ecografía HVB, examen CH-PT-PTT-GL- Bun [sic], creatinina y hospitalización».

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, el día 5 de septiembre de 2017, ingresó a la Clínica Meta donde le diagnosticaron cálculo de la vesícula biliar con colecistitis; que a pesar del diagnóstico el médico solo le recetó ranitidina 50 mg, acetaminofén y Hiostina N – Butil bromuro 20 mg.; que el 8 de septiembre, ingresó nuevamente a la Clínica Meta con cólico biliar donde le recetaron

Hiostina N-Butil Bromuro y Dipirona; que el 16 de diciembre de 2017, ingresó por urgencias al Hospital de Puerto López (Meta) con dolor acentuado en el epigastrio e hipocondrio derecho con náuseas y vomito, siendo diagnosticado con otros dolores abdominales.

Dijo que, el 18 de diciembre de 2017, frente a su deterioro de salud y el mal antecedente en el tratamiento brindado por FAMISANAR EPS decide acudir directamente a la Clínica Martha en donde le realizan una ecografía HVB, exámenes de CH-PT-PTT-GL-BUN [sic] y creatinina entre otros; que el 20 de diciembre de 2017, fue hospitalizado por el Doctor Giovanni Enrique González Bernal cirujano general quien determinó que era necesario y de suma urgencia la intervención de la vesícula biliar PROCEDIMIENTO QX COLELAP con diagnóstico de cálculo de la vesícula biliar con otra COLESCISTITIS entre otros.

Acotó que, si bien el procedimiento debió ser autorizado por la EPS, debido a la urgencia que presentaba, no era posible empezar con los trámites administrativos a los que ya se había sometido desde el mes de septiembre de 2017, viéndose en la necesidad de tener que pagar la intervención de manera particular, resaltando el actor que FAMISANAR EPS en el mes de diciembre no le había dado importancia a su estado de salud, el cual venía aquejándolo desde el mes de septiembre de 2017, lo que puso en riesgo su vida.

Agregó que, el día 14 de marzo de 2018, realizó todos los tramites para el recobro del reembolso médico a FAMISANAR EPS con Rad. No. 578-581; sin embargo, al no recibir respuesta instauró la «pqr-591419», frente al cual la EPS dio respuesta rechazando el recobro por extemporaneidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS contestó indicando que se ha garantizado el acceso a todos los servicios de salud del demandante, al habersele generado las correspondientes autorizaciones teniendo en cuenta la patología que presentaba sin negación alguna.

Enfatizó que, la atención de fecha 20 de diciembre de 2017, en la IPS Clínica Martha fue autorizada por la FAMISANAR EPS mediante autorización No. 2564438030 a través del proceso de referencia y contrareferencia, que fue activado por la IPS en mención una vez el usuario acudió a consulta de urgencia.

Añadió que, no entiende por qué el procedimiento COLELAP fue realizado de forma particular, ya que si se había autorizado la hospitalización, también se hubiera

autorizado dicho procedimiento, por lo que no se encuentra explicación al hecho de que la IPS Clínica Martha no realizará dicha solicitud ante la EPS. Refirió, además que no encontraba acreditado el pago a la IPS Clínica Martha, entidad que realizó el procedimiento al usuario según historia clínica allegada y que no entiende por qué el señor Jorge Quintero allegó como acreditación del pago unas facturas expedidas por el profesional Giovanni Enrique González Bernal y no de la IPS quien fue la que prestó el servicio.

Por último, indicó que en este tipo de casos la incapacidad es de 15 días, tal como se podía ver de la orden de incapacidad; por lo que no era justificable que se realizará la solicitud de reembolso 90 días después de la atención, más cuando dicho trámite podía ser realizado por una persona diferente al paciente.

Mediante auto del 30 de mayo de 2019, la Superintendencia de Salud requirió a la **CLÍNICA MARTHA** para esclarecer los hechos de la demanda, quien fue debidamente notificada; empero guardó silencio al requerimiento.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 14 de octubre de 2021, decidió:

PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA al doctor Jairo Antonio Moreno Monsalve identificad con cédula de ciudadanía No. 79.599.250 y tarjeta profesional No. 156.625 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada judicial de FAMISNAR EPS, en los términos del poder conferido.

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión formulada por el señor Jorge Ernesto Quintero, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.872.990, en contra de FAMISANAR EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a FAMISNARA EPS, reconocer y pagar a favor del señor Jorge Ernesto Quintero, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.872.990, la suma de cuatro millones noventa mil pesos (\$4.090.000), en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: TRASLADAR copia de lo actuado a la Superintendencia Delegada para Supervisión Institucional de la Superintendencia Nacional de Salud, para que asuma lo de su competencia respecto de la conducta asumida por la clínica Martha de la ciudad de Villavicencio.

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que analizadas las probanzas documentales aportadas al plenario se tenía que el señor Jorge Ernesto Quintero de 55 años de edad para el momento de los hechos, ingresó el 5 de septiembre de 2017, a la clínica Meta en donde se le diagnosticaron cálculo de la vesícula biliar; que el 8 de septiembre de 2017, ingresó a la misma clínica con cólico biliar, a pesar del diagnóstico le recetaron medicamentos; que el 16 de diciembre de 2017, ingresó al hospital del Puerto López - Meta, siendo diagnosticado con otros dolores abdominales; que el día 18 de diciembre de 2017, acudió a la clínica Martha de la ciudad de Villavicencio, en donde le realizaron ecografía HVB, examen «CH-PP-PTT-GL-BUN [sic]», creatinina y otros; que el día 20 de diciembre de 2017, fue hospitalizado por orden del doctor Giovanni Enrique González, quién determinó la urgencia de la realización del procedimiento colecistectomía por laparoscopia, procediendo a su realización.

Adujo, el sentenciador que se encontraba demostrado que el día 21 de diciembre de 2017, Famisanar EPS había generado las autorizaciones de servicios No. 25944380305, para internación en servicio de complejidad alta habitación personal, No. 25444376563 para estudio de coloración básica de espécimen de reconocimiento y No. 2594438023, para internación en servicio de complejidad alta habitación estancia el día 20 de diciembre de 2017, dirigidos a la clínica Martha de la ciudad de Villavicencio.

Frente a los argumentos del apoderado de Famisanar S.A., relativos a que la clínica Martha no había solicitado autorización para la cirugía, sostuvo que si bien la clínica hubiera pedido dicho servicio la PES se le hubiera autorizado, tal situación no podía ser atribuida al paciente al tratarse de yerros atribuibles a la IPS.

Advirtió sobre las irregularidades administrativas en la atención brindada al señor Jorge Quintero por parte de la clínica Martha, no existiendo razón válida para que el demandante debiera sufragar la realización del procedimiento quirúrgico, toda vez que el prestador hacía parte de la red de Famisanar EPS y el médico cirujano tratante le había prescrito al usuario el tratamiento, lo que se infería que dicho médico se encontraba adscrito a la clínica Martha.

RECURSO DE APELACIÓN

FAMISANAR EPS apeló la decisión del *a quo* señalando que el actor sin previa información, por sus propios medios, recursos y voluntad, había acudido a la IPS clínica Martha para la realización de un procedimiento quirúrgico denominado colecistectomía laparoscopia; que la IPS de forma autónoma a través de los médicos profesionales que prestaban allí sus servicios procedió a la realización del procedimiento; que por sustracción de materia se deducía que el usuario no contaba con la totalidad del costo

del procedimiento quirúrgico que incluía una hospitalización a nivel de complejidad alta para su recuperación, lo que fue solicitado y autorizado por la EPS.

Sostuvo que, en el presente asunto se debía tener en cuenta que de acuerdo al formato denominado «*anexo técnico 3 solicitud de autorización de servicios de salud del Ministerio de la Protección Social*», se había autorizado únicamente:

- INTERNACIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA, HABITACIÓN BIPERSONAL con el código CUPS S11302.

Asimismo, se tenía que en el acápite denominado «*justificación clínica*», del referido formato, el funcionario de la IPS era claro en mencionar que el paciente ingresaba programado de forma particular y que requería de hospitalización. Además, el usuario había radicado de forma extemporánea la solicitud de reembolso el 14 de marzo de 2018, respondiéndose a tiempo la inviabilidad del reembolso.

Agregó que, la Superintendencia había señalado que el doctor Giovanni González había determinado la urgencia de la realización del procedimiento QX COLELAP; sin embargo, llamaba la atención que no existiera una solicitud del servicio de urgencias por parte de la Clínica Martha, lo que arrojaba una atención de forma particular al señor Jorge Ernesto Quintero.

Adujo que, si se trataba de un procedimiento urgente ¿por qué en el formato denominado «*anexo técnico 3 solicitud de autorización de servicios de salud del Ministerio de la Protección Social*», el funcionario de la IPS señalaba que se trataba de un manejo ambulatorio del paciente y que el servicio era tomado de forma particular y programado por el usuario?

Acotó que, al asistir el usuario de forma particular a la Clínica Martha con quien se tenía convenio, no podía la EPS intervenir en la autonomía administrativa y financiera de dicho centro médico, insistiendo que siempre hubo solicitud de servicios con cobertura del plan de beneficios en salud por parte de la EPS al demandante, los cuales se autorizaron sin problema a pesar de que el usuario hubiera tomado el procedimiento de forma particular, no siendo jurídicamente justificable que el ente de control hubiera proferido una sentencia desfavorable; desconociéndose:

- i) El detallado del pago por concepto de abono a facturación.
- ii) No facturó la IPS Clínica Martha.

- iii) El hecho de por qué la Clínica Martha no solicitó autorización del servicio de QX COLELAP o la Colectistectomía laparoscópica o por laparotomía.
- iv) ¿Por qué si el procedimiento quirúrgico estando contratado con el prestador y que se encuentra incluido en el PBS, no lo solicitó?

Concluyó que, el ente de control debió haber requerido al demandante o a la clínica Martha para que acredite lo anterior, previo a que se determinará una falta administrativa por parte del prestador.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: *i)* si procede el reconocimiento y pago a cargo de la EPS demandada por cirugía colecistectomía por laparoscopia que le fue practicado al demandante, y que tuvo como valor la suma de \$4.090.000; *ii)* en caso afirmativo, si operó o no el fenómeno prescriptivo.

En tal sentido, se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Jorge Ernesto Quintero se encontraba como afiliado cotizante de la EPS demandada para el momento de los hechos; *ii)* que la EPS demandada autorizó a favor del señor Quintero, los días 20 y 21 de diciembre de 2021, mediante facturación No. 34336630, 3434809 y 34319976 «internación servicio de complejidad alta – habitación bipersonal» en la clínica Martha S.A. de la ciudad de Villavicencio – Meta.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención*

específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.

Debe recordarse que, son fines primordiales del sistema de seguridad social en salud la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, oportunidad, calidad y eficiencia frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios, pues así lo establece el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

Asimismo, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los principios del sistema general de seguridad social en salud los cuales corresponden a la universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad, calidad, entre otros.

En sentencia CSJ **SC2769-2020** de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, analizó la responsabilidad civil de las entidades prestadoras del servicio de salud cuando no acatan las obligaciones que tienen con sus afiliados, indicando:

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

(...) la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito (Negrillas fuera del texto original).

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para

la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional (Negrillas fuera el texto original).

Más adelante agrega que

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil.

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia **T-015/2021**, se refirió a la continuidad del servicio de salud, señalando:

21. *La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la continuidad en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta la Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la continuidad de tratamientos médicos ya iniciados.^[29] Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,^[30] en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también “en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico^[31] o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.*

En el caso *sub examine*, lo que se pretende determinar es si la cirugía de colecistectomía por laparoscopia que le fue practicado al demandante en la clínica Martha

de la ciudad de Villavicencio se realizó de forma voluntaria y particular, o si dicha decisión se debió por el actuar negligente de la EPS aquí demandada.

En el escrito de la demanda, se observa que le señor Jorge Quintero narró que, desde el mes de septiembre del año 2017, acudió a los servicios médicos prestados por Famisanar por dolor estomacal, siendo diagnosticado con cálculo de la vesícula biliar con colecistitis, oportunidad en la cual le recetaron medicamentos para tratar el dolor. No obstante, continuó padeciendo dichos dolores, por lo que debió acudir dos veces más al centro médico, el último de estos ingresos lo fue por urgencias en el hospital de Puerto López – Meta.

Recalcó el promotor del proceso que, siempre le fueron suministrados medicamentos que tan solo calmaban los dolores, pero no trataron de fondo la enfermedad, motivo por el cual decidió acudir de manera particular el 18 de diciembre de 2017, a la clínica Martha para que le realizaran exámenes médicos; posteriormente, acudió ante el médico cirujano Doctor Giovanni Enrique González quien determinó la urgencia de la cirugía.

De acuerdo a los anteriores hechos, nota la Sala que el mismo actor reconoce que acudió de forma particular al médico cirujano, siendo ese el motivo por el cual existe facturación del médico y no de la clínica adscrita a dicha EPS.

Ahora bien, aun cuando los usuarios pueden acudir a médicos particulares para intervenciones médicas, frente a las cuales no procede el reembolso, en el presente caso resulta ser un caso excepcional, pues como bien se dijo en escrito inaugural, los quebrantos de salud del señor Quintero se presentaron desde el mes de septiembre de 2017, incluso con ingreso a urgencias en el mes de diciembre de la misma anualidad, oportunidad en la cual fue diagnosticado por el médico tratante con «*otros dolores abdominales y los no especificados*», sin que se observe del historial clínico que se ordenará exámenes para establecer motivo de la enfermedad o que se hubiere ordenado control médico para diagnóstico, a pesar de que presentaba antecedente de cálculo de la vesícula biliar con otra colecistitis, como se evidencia el reporte clínico del 5 de septiembre de 2017 (f° 10), lo cual, a no dudarlo requiere atención de urgencia por parte de la EPS accionada.

En este orden, como la EPS demandada fue negligente en la prestación del servicio o atención en salud requerido por el actor, y este continuó con los quebrantos de salud, el promotor del litigio debió de acudir de manera particular a realizarse exámenes médicos que determinaron la urgencia de la cirugía, aspectos que dejan ver que la EPS demanda NO actuó en forma oportuna y eficiente, pues ante el diagnóstico previamente

determinado por el médico tratante debió remitirlo a control médico en el momento en que ingresó por urgencias, lo cual no hizo.

De otra parte, se observa también que la IPS adscrita a la EPS aquí demandada también incurrió en negligencia al no haber reportado el procedimiento que se le iba a practicar al señor Quintero, pues aún sabiendo del convenio que se tenía entre ellos y la urgencia del procedimiento, debió ponerlo en conocimiento tanto del afiliado como de la EPS a fin de que el mismo fuera autorizado, debiendo resaltarse que los usuarios no tienen por qué acarrear con las falencias organizacionales y errores de coordinación administrativa de las empresas promotoras de salud.

ii) prescripción de recobros médicos

Establece el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011:

ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.*

Revisada la documental adjunta se tiene que el procedimiento médico por el cual se reclama el recobro fue realizado el 20 de diciembre de 2017, la solicitud de recobro de presentó el 19 de abril de 2018 (f° 3) y la demanda fue radicada el 2 de mayo de 2019, lo cual permite establecer que no operó el fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, con fundamento en las consideraciones expuestas la Sala **confirmará** lo decidido por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 14 de octubre de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202200850-02
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	DIEGO LÓPEZ GARCÍA
DEMANDADOS	CAFESALUD Y MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por las entidades demandada contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 2 de marzo de 2021 (f°140-152).

ANTECEDENTES

DIEGO LÓPEZ GARCÍA acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$9.000.000, correspondiente a los gastos en que incurrió por concepto de internación en unidad de salud mental de su hijo Andrés López del Valle en la Corporación Cardynal y que conciernen a los

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

meses de abril, mayo, junio y julio de 2017, con la EPS Cafesalud y agosto a septiembre de 2017, con la EPS Medimás.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, su hijo fue diagnosticado en el año 2016, con «*trastorno del comportamiento por el consumo de THC, trastorno de ansiedad generalizada y trastorno depresivo recurrente*»; que de acuerdo con dicha patología inició internación en unidad de salud mental en la corporación Cardynal en donde permaneció 19 meses internado.

Narró que, en el mes de febrero de 2016, el Juzgado 20 Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías emitió fallo de tutela ordenando a la EPS Cafesalud autorizar y continuar procedimiento de internación de su hijo en la corporación Cardynal, teniendo en cuenta dicha decisión procedió a realizar todos los trámites pertinentes ante la EPS con el fin de que la misma suministrará el servicio médico; que mes a mes su compañera acudía a la sede administrativa de la EPS para que le entregarán las autorizaciones de las órdenes de servicio, pero dicho trámite se tornaba desgastante y dificultoso teniendo en cuenta que la EPS dilataba las autorizaciones a las cuales tenía derecho su hijo.

Agregó que, ante la dilatación por parte de la accionada en el mes de abril de 2017, se vieron en la necesidad de solicitar un préstamo con el fin de sufragar el costo del tratamiento en la suma de \$9.000.000. Mencionó que, su hijo finalizó el tratamiento en el mes de septiembre de 2017, en la Corporación Cardynal, institución que le fue asignada por la EPS para contrarrestar las patologías; que a la fecha aún adeudan a las entidades financieras el costo del mencionado tratamiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUS EPS en liquidación contestó proponiendo como excepciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, aprobación de reembolso y genérica, las cuales se fundamentaron en que mediante resolución 2426 del 19 de julio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el programa de reorganización institucional presentado por la entidad, en el que se aprobó la

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

cesación de activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios a Medimás EPS.

En consecuencia, Cafesalud EPS se hizo responsable de todas las obligaciones generadas hasta el 31 de julio de 2017; es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017, Medimás EPS es la encargada del aseguramiento del afiliado y por ende del pago de las prestaciones económicas que a partir de dicha fecha se causen.

Acotó que, las facturas 6528 y 1266 fueron expedidas para la prestación de los servicios de los meses de agosto y septiembre de 2017, meses para los cuales la prestación de los servicios no estaba a cargo de Cafesalud, sino de Medimás.

De otro lado, señaló que de acuerdo con lo informado por el área de reconocimiento de prestaciones económicas el accionante había radicado solicitud de reembolso por el valor de \$6.000.000, por concepto de internación del joven Andrés López, para los meses de abril, mayo, junio y julio de 2017, los cuales se encontraban aprobados; sin embargo, para proceder a su reembolso debía esperarse hasta que el banco de Bogotá descongelará la cuenta maestra de Cafesalud que se encontraba destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas y reembolsos.

MEDIMÁS EPS dio respuesta al presente proceso proponiendo como excepciones, cumplimiento de obligaciones del usuario y cumplimiento de las obligaciones como EPS, las cuales se sustentaron en que de conformidad con la resolución 2426, en el que se autoriza el plan de reorganización a partir del 1 de agosto de 2017; que Medimás empezó a funcionar como EPS; por lo anterior, las ordenes debían ser radicadas a la entidad para activar el servicio y proceder con el reembolso, no siendo procedente acceder a lo solicitado, dado que el usuario no había cumplido con su obligación para que la EPS activará los servicios requeridos.

Mediante providencia del 4 de febrero de 2019 (f° 119), la Superintendencia requirió a la **CORPORACIÓN CARDYNAL** para que se pronunciará sobre los hechos y pretensiones de la demanda, entidad que dio respuesta señalando que el señor Andrés López fue atendido como paciente particular y en algunas ocasiones

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

la EPS Cafesalud pagó los servicios prestados; que en la actualidad no tiene contrato con ninguna EPS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 2 de marzo de 2021, decidió:

PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA a los doctores *Adriana del Pilar Camargo Rojas* identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.613.622 y tarjeta profesional No. 234.298 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de CAFESALUD EPS y *Geraldine Andrade Rodríguez* identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.459.913 y tarjeta profesional No. 306.566 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de MEDIMÁS EPS.

SEGUNDO: ACCEDER a la pretensión formulada por el señor *Diego López García* identificado con cédula de ciudadanía No. 6.110.169 en contra de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMÁS EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD EPS en liquidación, reembolsar a favor de *Diego López García*, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.110.169 la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000) M/Cte, de conformidad con el proceso de liquidación forzosa fijado en el Decreto 2555 de 2010.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMÁS EPS reembolsar a favor del señor *Diego López*, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.110.169 la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000) M/Cte, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que analizadas las probanzas documentales aportadas al plenario encontraba que *Andrés López del Valle*, paciente de 22 años para la época de los hechos, diagnosticado con trastorno mental y del comportamiento al abuso de sustancias, le fue ordenado procedimiento de internación en centro de rehabilitación por parte del Juzgado 20 Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, el 17 de febrero de 2016.

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

Adujó, el fallador que en cumplimiento de dicho fallo CAFESALUD EPS autorizó la prestación de los servicios de internación en la Corporación Cardynal desde febrero de 2016, manifestando la parte actora que dicha entidad dejó de cancelar el tratamiento desde el mes de abril de 2017.

De acuerdo a lo anterior, se tenía que Cafesalud manifestaba en su contestación a la demanda que se encontraba a favor del actor la suma de \$6.000.000, pero que su pago se efectuaría una vez el banco de Bogotá descongelará la cuenta maestra, para lo cual sostuvo el *a quo* que al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar dicha entidad; su agente liquidador tenía el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que se poseían sobre los bienes de la entidad, ello con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que fueran reconocidas dentro del proceso liquidatorio, lo que suponía que a partir de la resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, Cafesalud debió ejercer las acciones tendientes al levantamiento de las cautelas que pesaban sobre la totalidad de los bienes; por tal motivo, no encontraba justificación legal en los argumentos esbozados por la entidad demandada para sustraerse de la obligación de pago.

En cuanto a las explicaciones de Medimás para no acceder a lo solicitado, refirió el sentenciador de primer grado que tampoco resultaban razonables ya que dicha entidad se encontraba obligada a cumplir lo ordenado en los fallos de tutela, sin pedir nuevas autorizaciones a los usuarios; aunado a ello, había observado que en vigencia de dicha EPS, el demandante había interpuesto varias quejas ante la Superintendencia las cuales fueron puestas en conocimiento de Medimás, razón más que suficiente para considerar improcedente lo solicitado por la accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

CAFESALUD EPS interpuso recurso de apelación en el que recalca que en la contestación de la demanda se informó que el reembolso deprecado a favor del señor Diego López García por valor de \$6.000.000 se encontraba aprobado tal como se evidenciaba del siguiente pantallazo:

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

SERVICIOS FACTURA:						
Servicio	Descripción			Cantidad	Valor Unitario	Valor Total
Procedimientos	INTERNACION	EN	UNIDAD DE	120.00	50,000.00	6,000,000.00
	SALUD MENTAL		COMPLEJIDAD			
	MEDIA NA.		HABITACION			
	UNIPERSONAL					
	TOTAL:			120.00	50,000.00	6,000,000.00

No obstante, se había mencionado en la contestación que dicho pago se llevaría a cabo una vez el banco de Bogotá descongelará la cuenta maestra destinada para dichos pagos; que para la realización de la presente impugnación se procedió a revisarse el estado del pago lográndose evidenciar que el mismo aún se encontraba pendiente; debiendo el promotor del proceso presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS para un eventual reconocimiento.

MEDIMÁS EPS igualmente presentó recurso de apelación, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda; esto es, que dentro de la entidad no se encontraba soporte alguno de las respectivas autorizaciones u órdenes del médico tratante para que procediera la mencionada solicitud de reembolso.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si procede el reconocimiento y pago de gastos médicos en que incurrió el señor Diego López García al haber internado en la unidad de salud mental de la Corporación Cardynal a su hijo Andrés López del Valle; **ii)** si la parte actora debe esperar a que sea descongelada la cuenta maestra de Cafesalud EPS para el pago del reembolso médico aquí solicitado; **iii)** por último, si el promotor del litigio debe hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que Andrés López del Valle se encontraba afiliado a la EPS

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

Cafesalud para el momento de los hechos en calidad de beneficiario; **ii)** que presentaba como patologías médicas «*trastorno mental y del comportamiento al abuso de sustancias F 192*»; **iii)** que a través de acción de tutela el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín – Antioquia de fecha 17 de marzo de 2017, ordenó a la EPS Cafesalud hoy en liquidación autorización para tratamiento en la Corporación Cardynal de Andrés López del Valle, decisión confirmada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de conocimiento de Medellín – Antioquia de fecha 12 de mayo de 2017 (f°29/34 – f° 46/51).

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*

Debe recordarse que, son fines primordiales del sistema de seguridad social en salud la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, oportunidad, calidad y eficiencia frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios, pues así lo establece el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

Asimismo, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los principios del sistema general de seguridad social en salud los cuales corresponden a la universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad, calidad, entre otros.

De otro lado, la Corte constitucional en sentencia **T- 122/2021**, recordó:

85. El otro principio que resulta pertinente a la luz de los casos de la referencia es el de integralidad. De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse “de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.”^[151] De esta garantía se deriva, en los términos de la misma norma, una prohibición de fragmentar “la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.”^[152] Como resultado de este principio, la Corte Constitucional^[153] ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente,^[154] con calidad^[155] y de manera oportuna,^[156] antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.^[157]

En cuanto al **derecho a la continuidad del servicio de salud** la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, indicó que cuando se trata de traslados excepcionales de las EPS ordenados por la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de intervenciones forzosas para liquidación, debe tenerse en cuenta que se trata de trámites administrativos que no tienen por qué afectar la prestación efectiva del servicio, ni poner en riesgos los derechos fundamentales de los usuarios; por lo que las obligaciones y deberes relacionados con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladaba a la entidad cesionaria, asumiendo la obligación y deber de prestar el servicio de salud a sus afiliados en aplicación al principio de continuidad; así lo dijo textualmente:

18. El derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario^[21] y por la jurisprudencia constitucional,^[22] (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad,^[23] debe ser prestado de “manera completa”, vale decir, con calidad y en forma eficiente y oportuna.^[24]

19. Esta Corporación se ha referido a la integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.^[25] Según la Sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.^[26] También ha reconocido la Corte, que cuando no es posible la recuperación de la salud, en todo caso deben proveerse los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.^[27]

20. *Uno de los elementos esenciales del principio de integralidad del servicio de salud es la garantía de su prestación sin interrupciones y es por ello que el legislador estatutario estableció el principio de continuidad, como el derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, de manera que “una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”^[28]*

21. *La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la continuidad en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta la Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la continuidad de tratamientos médicos ya iniciados.^[29] Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,^[30] en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también “en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico^[31] o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.*

22. *Particularmente, la Corte se ha referido al derecho a la continuidad del servicio de salud cuando se trata de traslados excepcionales de EPS ordenados por la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de revocatorias de habilitación o de intervenciones forzosas para liquidación, pues se trata de trámites administrativos que no tienen por qué afectar la prestación efectiva del servicio ni poner en riesgo los derechos fundamentales de los usuarios. En casos como estos, ha sostenido la Corte que “las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan a la entidad cesionaria, por lo que esta última asume la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos en los términos establecidos en la Constitución y la ley, como aplicación al principio de continuidad.”^[32]*

En el caso de marras, arguye Medimás EPS que le es imposible dar cumplimiento a lo ordenado dado que no cuenta con los soportes de las respectivas autorizaciones de la solicitud de reembolso por parte del accionante como tampoco se adjuntó prueba de los procedimientos autorizados u ordenados por el médico tratante.

Al respecto, esta Colegiatura se acoge a los argumentos esbozados por el Juez de primera instancia, en cuanto a que no era obligación del demandante aportar a dicha entidad el recobro o autorizaciones del médico tratante, pues al

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

trasladarse los afiliados de Cafesalud a dicha entidad dada la intervención forzosa para liquidación, todas las órdenes previamente dadas a dicha EPS pasaron a Medimás, tal y como debió ser el caso Andrés López del Valle, quien a través de acción de tutela emitida por el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín – Antioquia de fecha 17 de marzo de 2017, ordenó a la EPS Cafesalud hoy en liquidación *«[...] expida la autorización del procedimiento que viene recibiendo en la Corporación Cardynal el señor ANDRÉS LÓPEZ DEL VALLE, ordenada por su médico tratante adscrito a la demandada, o en otra de igual o mejor categoría, y consecuentemente el tratamiento integral que surja de su diagnóstico (trastorno del comportamiento por el consumo de THC, trastorno de ansiedad generalizada y trastorno depresivo recurrente) [...]»*.

Teniendo en cuenta la anterior orden dada por el Juez constitucional, Cafesalud dando alcance a la misma pagó algunos de los meses en que estuvo internado Andrés López del Valle en la corporación Cardynal, tal y como dicha entidad lo manifestó en la respuesta a este proceso y como se corrobora con la documental adjunta, reconociendo a su vez Cafesalud en el presente litigio que existe un valor a favor del actor en razón a dicho tratamiento, circunstancias que comprueban la responsabilidad de las demandadas para el reconocimiento del reembolso solicitado.

Es más, en la acción de tutela de la que se ha hecho referencia, se estipula que el tratamiento médico fue ordenado por el médico tratante, a su vez Cafesalud aceptó que el tratamiento continuó en vigencia de Medimás, aunado a que como bien lo hizo saber el *a quo* el demandante ha presentado varias quejas ante la Superintendencia de Salud para el cumplimiento total del fallo de tutela, lo cual se le ha hecho saber a Medimás; de tal suerte que, no resulta dable que el afiliado deba efectuar trámites administrativos que no le corresponden.

ii) Congelación cuenta maestra Cafesalud

Aduce Cafesalud EPS que si bien existe un saldo a favor del accionante en la suma de \$6.000.000, dicho valor no puede ser pagado hasta tanto el banco de Bogotá descongele la cuenta maestra destinada para dichos pagos.

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

Al hilo de lo manifestado por la demandada, esta Sala de Decisión considera que le asiste razón al Juez de primera instancia en cuanto a que es deber del liquidador ejercer las acciones tendientes al levantamiento de las cautelas que pesaban sobre la totalidad de los bienes de Cafesalud, pues se trata de un valor que ya se encuentra a favor del actor por unos servicios médicos que debieron ser costeados con sus propios recursos.

iii) Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación; que las obligaciones no reclamadas y las presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

SUMARIO EXP. 110012205000202200850-02

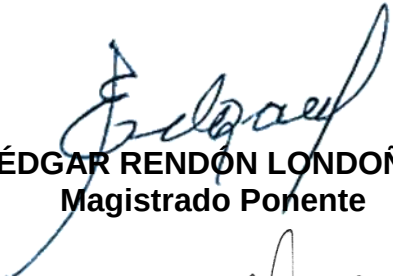
Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de los gastos médicos, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe disponer si hace efectivo su crédito o no.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 2 de marzo de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001205000202200957-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	MARÍA CONSUELO LONDOÑO VALENCIA sucesor procesal LUIS FELIPE FERIA PADILLA
DEMANDADOS	MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por ambas partes, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 23 de febrero de 2022 (f° 348-365).

ANTECEDENTES

MARÍA CONSUELO LONDOÑO VALENCIA acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$56.624.654; valor con el que cubrió el tratamiento para el cáncer en la clínica Somer de Rionegro – Antioquia.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, para el año 2016, presentó sangrado vaginal, siendo sometida a un examen «*bx de cérvix*» el 31 de octubre de 2016, en el hospital San Juan de Dios, cuyo resultado arrojó «*ca (sic) de células escamosas grandes moderadamente diferenciado, no queratinizante infiltrante*»; con motivo de dicho resultado, decidió acudir a consulta particular con un especialista en la clínica Somer de Rionegro donde le realizaron «*tac de abdomen contrastado*», arrojando

el siguiente resultado: *«estudio muestra ocupativa en topografía del segmento uterino y del cerviz con levantamiento de la pared posterior y piso de vejiga, leve estriación de la grasa adyacente al segmento en la región isquiorrectal izquierda, desplazamiento del recto sigmoides hacía la derecha con pobre diferenciación entre la grasa del recto sigmoides hacía la derecha con pobre diferenciación entre la grasa del recto y la masa descrita».*

El 16 de noviembre de 2016, ingresó al servicio de radioterapia en la clínica IDC las américas remitida por la clínica vida por diagnóstico de cáncer; el 7 de diciembre de 2016, ingresó a la clínica IDC las américas para el procedimiento de radioterapia con diagnóstico de tumor maligno de cuello uterino, procedimiento que también se realizó los días 12, 13 y 14 de diciembre de 2016; que en esta última fecha, la actora había asistido en dos oportunidades a la clínica Vida para iniciar tratamiento con quimioterapia, el cual fue negado por la EPS al no contar con disponibilidad del medicamento, situación que fue comunicada a su médico tratante, quien le aconsejó iniciar el tratamiento con radioterapia debido a lo avanzado de la enfermedad; tratamiento que finalizó el 23 de enero de 2017, con orden de procedimiento de braquiterapia y radioterapia al considerarse que aún presentaba enfermedad residual.

Narró que, el 2 de marzo de 2017, se le ordenó tratamiento con braquiterapia intersticial, indicándose en el historial clínico: *«dadas las dificultades administrativas para realizar la braquiterapia intersticial alta de dosis, se decide realizar braquiterapia ginecológica intracavitaria alta de dosis»*, procedimiento que se efectuó los días 10, 14, 16 y 22 de marzo de 2017, finalizando tratamiento el 24 de marzo de 2017.

Agregó que, el 26 de julio de 2017, acudió a control médico, presentando sangrado vaginal con persistencia tumoral, en donde se le informó que desde el punto de vista de radioterapia no había más que ofrecer, remitiéndose a cuidados paliativos y oncología clínica, con control en 3 meses. Que el mismo día ingresó a urgencias en la clínica ESIMED de la ciudad de Medellín en donde se le diagnosticó *insuficiencia renal terminal*; que debido a la negligencia por parte de la EPS se solicitó remisión a la clínica Somer de Rio Negro, siendo trasladada e ingresada a urgencias en dicha institución, especificándose en su historia clínica: *«no se ha realizado quimioterapia por problemas de gestión de su EPS»*, se ordenó traslado a cuidados especiales y valoración urgente por nefrología para terapia de reemplazo renal.

El 3 de agosto de 2017, fue dada de alta por medicina del dolor y cuidados paliativos, se continuó con manejo de oncología con quimioterapia paliativa; que el día 16 de agosto de 2017, solicitó a la EPS Cafesalud el reembolso de \$22.089.906 por los gastos en que incurrió en la clínica Somer, donde fue atendida en urgencias los días 28 de julio al 9 de agosto de 2017; que el día 7 de noviembre de 2017, la EPS Medimás

respondió citando la resolución 5261 del 5 de agosto de 1994, argumentando que no se había solicitado autorización; que en el mes de agosto solicitó ante Medimás autorización para tratamiento oncológico en la clínica Somer de Rionegro el cual también le fue negado, indicando lo siguiente: *«su solicitud no es procedente, teniendo en cuenta que la contratación con la IPS se hace de acuerdo con la normatividad vigente dentro del sistema de seguridad social en salud al igual que en la Corte Constitucional según sentencia T – 2010 de 2010...»*.

El 30 de agosto de 2017, nuevamente solicitó ante la EPS Medimás el reembolso de \$7.950.000 que pago en la clínica Somer donde fue atendida para procedimiento de quimioterapia los días 11 al 22 de agosto de 2017, siendo negado; que el 18 de septiembre de 2017, se pidió reembolso a la EPS Medimás por la suma de \$7.949.950, por procedimiento de quimioterapia efectuado los días 1 al 13 de septiembre de 2017; que nuevamente negado el 7 de noviembre de 2017; que el 12 de octubre de 2017, nuevamente se solicitó reembolso por la suma de \$7.949.902 por procedimiento de quimioterapia y exámenes efectuados del 27 de septiembre al 4 de octubre de 2017, el cual se negó por parte de la EPS el 23 de noviembre de 2017; que el 29 de noviembre de 2017, se solicitó el reembolso de \$7.832.752 por procedimiento de quimioterapia y exámenes efectuados el día 19 de octubre de 2017

Finalmente, expuso que la señora María Consuelo Londoño falleció el 24 de diciembre de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CLÍNICA VIDA contestó señalando que el Doctor Víctor Ramos atendió en 2 oportunidades a la señora María Consuelo Londoño Valencia durante los años 2016 y 2017, ordenándole quimioterapia y radioterapia; no obstante, no obraba en sus registros la autorización de la EPS Cafesalud de las intervenciones ordenadas a la paciente; por lo tanto, ninguna de las intervenciones pudo ser practicada al no mediar dicha autorización.

CAFESALUD EPS en liquidación, manifestó que de conformidad con la factura de venta 2415021 del 11 de agosto de 2017, expedida por la Sociedad Medica Rionegro la señora María Consuelo Londoño Valencia fue entendida para el periodo comprendido entre el 28 de julio y hasta el 9 de agosto de 2017, empero de conformidad con la resolución 2426 de la Superintendencia de Salud cedió su habilitación como entidad prestadora a Medimás EPS, por lo que solo procedía con el reconocimiento económico de las prestaciones causadas desde el 28 hasta el 31 de julio de 2017.

CLÍNICA SOMER contestó manifestando que la señora María Consuelo Londoño Valencia fue atendida como paciente particular por el servicio de urgencias y consulta externa en varias ocasiones en el año 2017; que desde el año 2016, se dio por terminada la relación contractual con Cafesalud EPS; que al ingreso de la señora María Consuelo Londoño Valencia no hubo ninguna manifestación por su parte, ni de sus familiares en cuanto a su afiliación a Cafesalud EPS o Medimás EPS, ingresando de forma particular.

MEDIMÁS EPS contestó informando que procedió a verificar en el área financiera encontrando lo siguiente:

Se realiza validación en el módulo de reembolsos de la usuaria María Consuelo Londoño Valencia (Q.E.P.D.) C.C. 21.624.865 de la regional Bogotá (Antioquia) retirado de la EPS desde el 24-12-2017, encontrando 5 reembolsos:

*Reembolso 66 por un valor de \$22.809.906 en estado Negado Medico.
Reembolso 174 por un valor de \$7.950.000 en estado Negado Medico.
Reembolso 778 por un valor de \$7.949.950 en estado Negado Medico.
Reembolso 2660 por un valor de \$7.949.902 en estado Negado Medico.
Reembolso 3298 por un valor de \$7.832.752 en estado Negado Medico*

Como defensa solicitó el archivo del caso, bajo el argumento de que se configuraba una imposibilidad de cumplimiento, teniendo en cuenta que una vez revisadas las bases de datos remitidas, se pudo establecer que la usuaria no había hecho el respectivo trámite de autorización de los servicios requeridos.

Propuso como excepción de fondo; incumplimiento de las obligaciones del usurario.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 23 de febrero de 2022, decidió:

PRIMERO: RECONOCER personería a los doctores Nohelia Ramírez Arias, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.330.386 y Francisco Javier Gómez Vargas identificado con cédula de ciudadanía No. 4.611.717 y tarjeta profesional No. 160.380 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderados judiciales de Cafesalud EPS EN LIQUIDACIÓN, en los términos de los poderes conferidos.

SEGUNDO: ACCEDER a la pretensión formulada por la doctora Claudia María Villa Zuluaga, apoderada judicial del señor Luis Felipe Feria Padilla en contra de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMÁS EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD MÉDICA DE RIONEGRO S.A., CLÍNICA SOMER NIT 890.939.936 desglosar los valores correspondientes a la atención

brindada a la señora María Consuelo Londoño Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.624.865 (q.e.p.d), del 28 al 31 de julio de 2017 y del 1 al 9 de agosto de 2017; EMITIR la factura de venta de los servicios prestados del 28 al 31 de julio de 2017, con cargo a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y la factura de venta de los servicios prestados del 1 al 9 de agosto de 2017 con cargo a MEDIMÁS EPS, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia e INFORMAR a ésta delegada del cumplimiento de la orden dada la presente sentencia durante dicho término.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a cargo de la masa sucesoral de la señora María Consuelo Londoño Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.624.865 (q.e.p.d), la suma correspondiente a los servicios prestados a la señora María Consuelo Londoño Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.624.865 (q.e.p.d), en la clínica Somer de la ciudad de Medellín del 28 al 31 de julio de 2017, una vez emitida y radicada la factura de venta correspondiente por parte de la SOCIEDAD MÉDICA DE RIONEGRO S.A., CLÍNICA SOMER NIT 890.939.936, conforme a las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 (Estatuto Orgánico del sistema financiero) y el Decreto 2555 de 2010.

QUINTO: ORDENAR a MEDIMÁS EPS a reconocer y pagar a cargo de la masa sucesoral de la señora María Consuelo Londoño Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.624.865 (q.e.p.d), la suma correspondiente a los servicios prestados a la señora María Consuelo Londoño Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.624.865 (q.e.p.d), en la clínica Somer de la ciudad de Medellín del 1 al 9 de agosto de 2017, una vez emitida la factura de venta correspondiente por parte de la SOCIEDAD MÉDICA RIONEGRO S.A., CLÍNICA SOMER NIT. 890.939.936, en el término de cinco (5) días, contados a partir de su radicación por parte de la clínica SOMER.

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que de acuerdo con los documentos médicos allegados pudo determinar que la señora María Consuelo Londoño Valencia había sido diagnosticada con «cáncer de cérvix estado III B», valorada por oncología en la clínica Vida de la ciudad de Medellín en noviembre de 2016, en donde se le ordenó tratamiento concomitante de quimioterapia, radioterapia y braquiterapia; que por falta de medicamento para realizar la quimioterapia se inició radioterapia, tratamiento que terminó el 23 de enero de 2017.

Arguyó que, mediante junta de radioterapia realizada el 27 de enero de 2017, se determinó que la señora María Consuelo Londoño Valencia aún presentaba enfermedad residual importante, por lo que se debía ordenar tratamiento con braquiterapia intersticial alta dosis; que el 2 de marzo de 2017, la actora había tenido problemas para la autorización de braquiterapia, la cual finalmente había sido autorizada por CAFESALUD EPS, recibiendo el 10 de marzo de 2017, la primera dosis y el 22 de marzo de 2017, la cuarta dosis; que en esta última fecha se le informó a la paciente que desde el punto de vista de radioterapia no había más que ofrecer, por lo que fue enviada a cuidados paliativos y oncología clínica en tres meses.

Agregó que, dado su estado delicado de salud, el 26 de julio de 2017, la señora María Consuelo Londoño Valencia había ingresado a urgencias en la clínica ESIMED en la ciudad de Medellín, siendo internada con diagnóstico «*insuficiencia renal terminal*»; que dicha urgencia exigía la atención médica inmediata para evitar mayores complicaciones en su estado de salud, por lo cual debía ordenarse el reembolso de los servicios médicos prestados del 28 de julio al 9 de agosto de 2017.

Respecto de las quimioterapias, señaló que estas no habían sido autorizadas por parte de Cafesalud EPS como tampoco de MEDIMÁS EPS; que en varias ocasiones los médicos tratantes de la red de prestadores de CAFESALUD EPS dejaron consignado en la historia clínica que no se había podido iniciar tratamiento de quimioterapia por falta de medicamento; además, luego de haber solicitado ante MEDIMAS EPS autorización para el tratamiento oncológico en la clínica Somer había sido negado por la EPS, concluyendo que ambas EPS habían sido negligentes en el suministro y prestación de los servicios de salud, de manera que también debía ser reembolsado el valor incurrido para dicho tratamiento.

RECURSO DE APELACIÓN

CAFESALUD EPS apeló la decisión del *a quo*, conforme a los siguientes argumentos:

ii. Ausencia de cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso; indicó que no se encontraba obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios de salud que no fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores.

Enfatizó que, la EPS tiene contratada una red de prestadores que garantizaba el suministro y la prestación de los diferentes servicios de salud requeridos para el tratamiento de la patología del afiliado de acuerdo con la cobertura que ofrece el Plan Obligatorio de Salud; de manera que, cuando el usuario no hace uso de los servicios ofrecidos por la EPS y en su lugar decide acudir a una institución o a un médico particular, los costos generados para dicha atención deben ser asumidos con su propio peculio; por lo tanto, no se cumple con los requisitos exigidos en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994.

Recalcó que, una vez revisado lo allegado al proceso jurisdiccional por parte del accionante y de la auditoria médica realizada por Cafesalud EPS en Liquidación tratándose de las obligaciones para con sus afiliados, corresponde a

un reembolso por gastos médicos ocasionados a la ex afiliada María Consuelo Londoño Valencia (Q.E.P.D) que de conformidad con la factura de venta 2415021 con fecha de 11 de agosto de 2017, expedida por la Sociedad Medica Rionegro fue atendida para el periodo comprendido entre el 28 de julio y hasta el 09 de agosto de 2017; empero, de conformidad con la Resolución 2426 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud cedió su habilitación como Entidad Prestadora de Salud a Medimás EPS; por lo anterior, Cafesalud EPS no le corresponde el reconocimiento económico de las prestaciones causadas desde el 28 y hasta el 31 de julio de 2017.

Por último, sostuvo que CAFESALUD EPS S.A. en Liquidación, no se encuentra obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios de salud que no cumplen con los tres presupuestos de la Resolución 5261 de 1994, en especial cuando el servicio objeto de este proceso nunca fue puesto en conocimiento de la EPS, ni tampoco fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores.

ii. Falta de legitimación en la causa por pasiva de CAFESALUD frente a los gastos ocasionado.

Relató que, en el presente caso la demandante señalaba que había incurrido en gastos médicos que debían ser pagados por la EPS; que si bien era cierto, que dichos dineros debían ser reembolsados por la entidad prestadora de salud, era necesario y pertinente mencionar que CAFESALUD de acuerdo con la resolución 2426 de 2017, aprobó la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la habilitación como Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMÁS EPS SAS (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización propuesto.

Sostuvo que, MEDIMÁS EPS es la legitimada en la causa por pasiva para asumir y reembolsar los gastos médicos en los que incurrió el señor Luis Felipe Feria Padilla, esto por cuanto la resolución 2426 de 2017, aprobó el traslado de los afiliados y sus planes de salud de CAFESALUD EPS S.A.S a MEDIMÁS EPS S.A.; por consiguiente, el de todas las obligaciones para con sus afiliados; lo cual quiere decir que las obligaciones generadas desde el 1° de agosto en adelante serán cancelas por MEDIMÁS EPS S.A. por ser la entidad promotora de salud responsable de los gastos médicos de la señora MARÍA CONSUELO LONDOÑO VALENCIA.

iii. Temeridad por alegar hechos contrarios a la realidad al diferir entre lo mencionado en el acápite de hechos y pruebas frente a la pretensión.

Acotó que, Cafesalud EPS. S.A., no se encuentra obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios de salud que se hacen con temeridad, debido a que el demandante pretendía hacer ver como urgencia un servicio médico que se hizo de manera programada, no cumpliendo los requisitos preceptuados en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

iv. Intervención forzosa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Sostuvo que, mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma en posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.; Que el régimen jurídico aplicable a la liquidación de la entidad CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN es el dispuesto en la Resolución 007172 del 22 de julio de 2019, adicionada por la Resolución 008028 del 20 de agosto de 2019, expedida por la Superintendencia de Salud, en concordancia con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, el Decreto ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 20 y 70 de la ley 1116 de 2006.

Agregó que, el artículo 9.1.3.2.1. del Decreto 2555 de 2010, dispone que dentro de los cinco (5) días siguientes a la orden de intervención forzosa administrativa para liquidar, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, mediante la publicación de dos avisos en diarios de amplia circulación nacional y en otro del domicilio principal de la entidad.

Expresó que, teniendo en cuenta lo anterior, fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación, los días 13 y 28 de agosto de 2019, a fin de que todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad, realizaran la radicación de sus créditos, con prueba siquiera sumaria de los mismos. Para ello, la liquidación estableció una serie de formatos y un instructivo de ordenación documental los cuales fueron publicados en la página oficial de CAFESALUD en liquidación para que a través de estos fueran presentadas o remitidas por correo certificado las reclamaciones correspondientes.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, cordial y respetuosamente solicita se visite la página web de la liquidación www.cafesalud.com.co en la pestaña acreencias - formularios, para que a través de los formatos ahí establecidos la parte actora se haga parte de proceso liquidatorio y su crédito pueda ser sometido a estudio en igualdad de condiciones a los demás acreedores.

Por lo anterior, y en caso que el demandante se crea con derecho a una acreencia, debe hacerse parte del proceso de liquidación para que se efectué el pago de la sentencia de acuerdo con las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010. Respecto de un eventual reconocimiento y pago de la acreencia se hará de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 del 2010, artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto orgánico del Sistema Financiero.

v. los recursos de la salud tienen destinación específica.

Consideró que, Cafesalud EPS S.A., no se encuentra facultada a destinar los recursos de la salud para fines diferentes a la atención de sus usuarios, por ello no puede proceder con el reconocimiento y pago de valores sin el cumplimiento de los requisitos de ley.

La **PARTE DEMANDANTE** también interpuso recurso de apelación; arguyendo que, si bien se acogía a lo dispuesto en la sentencia, solicita el reconocimiento total de los gastos médicos incurridos los cuales ascendieron a la suma de \$56.624.654, tal y como se había expuesto en la demanda y se había soportado con las pruebas documentales allegadas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si CAFESALUD EPS en liquidación y Medimás EPS se encuentran obligadas al reembolso de gastos médicos en que incurrió la señora María Consuelo Londoño Valencia (q.e.p.d); **ii)** en caso positivo, si la parte actora debe hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007,

modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el presente asunto, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Consuelo Londoño Valencia fue diagnosticada con «cáncer de cérvix estado III B» valorada por oncología clínica en la clínica Vida en noviembre de 2016, en donde le fue ordenado tratamiento concomitante de quimioterapia, radioterapia y braquiterapia; **ii)** que tuvo tratamiento de radioterapia, el cual terminó el 23 de enero de 2017; **iii)** que mediante junta médica realizada el 27 de enero de 2017, se determinó que la señora Londoño Valencia aún presentaba enfermedad residual importante, acordándose programa de tratamiento con braquiterapia intersticial alta dosis; **iv)** que el 26 de julio de 2017, ingresó a urgencias en la clínica ESIMED en la ciudad de Medellín, siendo internada con diagnóstico «insuficiencia renal terminal»; y **v)** que una vez dada de alta, la actora debió seguir con tratamiento oncológico.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*

De otro lado, ha precisado la Corte Constitucional que las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer tienen derecho a una protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin

obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología; así se dijo en la sentencia T-066 de 2012, reiterada en la T-387/2018, precisando:

Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS [...]

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental”.

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) “a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”. (Subrayado fuera del texto original).

De igual manera, en la sentencia **T-387/2018**, en donde se trae a colación la sentencia **T-607 de 2016**, la Corte indicó:

La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente “se encuentran sujetos a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas.

“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

Por último, la Corte Constitucional en sentencia **T-387/2018**, acotó:

la Sentencia T-760 de 2008 dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere, “sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan.

Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada.

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades que *la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente.*

Es decir, esta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En el caso bajo estudio, se tiene que la señora María Consuelo Londoño Valencia en el 2016, fue diagnosticada con «cáncer de cérvix estado III B», por lo que era necesario que fuera sometida al procedimiento de quimioterapia; sin embargo, aduce en su escrito de demanda que dicho tratamiento no fue suministrado por la EPS al indicársele por parte de dicha entidad que no contaban con el medicamento, lo cual la llevó a que tuviera que acudir de manera particular al tratamiento debido a lo avanzado de su enfermedad.

En la respuesta otorgada por la clínica Vida, IPS que tenía convenio con CAFESALUD EPS en liquidación para el momento de los hechos, informó que el doctor Ramos adscrito a dicha entidad atendió en 2 oportunidades a la señora María Consuelo Londoño durante los años 2016 y 2017, ordenándole quimioterapia y radioterapia prioritaria; de igual manera, señaló que no había encontrado en sus registros autorización para el procedimiento por parte de la EPS; por lo tanto, ninguna de las intervenciones pudo ser practicada (CD f° 321).

En la historia clínica allegada por la actora, se indicó:

paciente asiste a verificación e inicio de tratamiento con radioterapia. Informa que ha ido en dos ocasiones a clínica vida para iniciar tratamiento con quimioterapia y le han dicho que, debido a la falta de disponibilidad del medicamento, no se puede iniciar y aún no se sabe fecha de inició de este. Comento con el Dr López y decidimos que se iniciará tratamiento con radioterapia debido a lo avanzado de la enfermedad y al sangrado vaginal, para evitar que la enfermedad progrese. Le explicó a la paciente, entiende y está de acuerdo [sic] (f° 67).

Posteriormente, se observa que la señora María Consuelo Londoño acude a urgencias el 28 de julio de 2017, en la clínica USIMED con la EPS CAFESALUD, debido a las complicaciones en su estado de salud; sin embargo, sus familiares deciden trasladarla de manera voluntaria a la clínica Somer, por el actuar negligente de la EPS, indicándose en la historia clínica:

paciente con diagnostico (sic) de CA ESCAMOCELULAR DE CERVIX estadio IIIB desde noviembre, no es posible ofrecer quimioterapia por no disponibilidad de medicamento clínica vida, se ha realizado radioterapia y braquiterapia intersticial sin mejoría clínica, último control hace 2 día, persiste masa y sangrado genital, además oligoanuria y edema, se realizan paraclínicos que evidencia azoados elevados, hipercalemia, acidosis, metabólica con indicación de terapia de reemplazo renal, por lo cual se acepta en UCI [sic] (f° 102).

Bajo este panorama, encuentra la Sala acreditada la falta de atención prioritaria de la entidad promotora de salud para cubrir la enfermedad de la señora María Consuelo Londoño (q.e.p.d), como quiera que tenía pleno conocimiento de la enfermedad que padecía, la que como bien lo establece la jurisprudencia previamente citada, tiene especial protección; no obstante, no brindó una atención pronta, oportuna y eficaz, lo cual conllevó al avance de la enfermedad y su ingreso a urgencias.

Asimismo, la EPS accionada no acreditó que hubiese puesto en favor de la demandante la totalidad de instrumentos médicos que tenía a su cargo, esto es, el tratamiento de quimioterapia que requería; además, que se comprobó la falta de seguimiento en el caso de la paciente para llevar a cabo el tratamiento sin interrupciones con el fin de generar los servicios médicos que demandaba; teniendo que acudir a otro tipo de tratamientos para poder manejar su enfermedad.

En consecuencia, Cafesalud Eps no garantizó la prestación de los servicios médicos que requería María Consuelo Londoño (q.e.p.d), no cumpliendo con la accesibilidad, continuidad, oportunidad e integralidad de la atención médica, lo que conllevó a que la demandante debiera sufragar los gastos con el fin de preservar su salud e integridad; aspectos que conllevan a confirmar lo decido por el *a quo*, esto es, el reembolso de los gastos médicos sufragados a cargo de CAFESALUD EPS del 28 de 31 de julio de 2017. Aunado a que la misma entidad en la contestación a la demanda aceptó el reconocimiento al reembolso solicitado.

Ahora bien, tal y como lo precisó el sentenciador de primer grado, CAFESALUD EPS solamente responderá por los gastos médicos generados del 28 al 31 de julio de 2017, como lo dispone la resolución 2426 de 2017, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud en la cual se aprobó la cesación de activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios en salud y la cesión total de los afiliados a la sociedad MEDIMÁS S.A., pues así lo dispone el artículo octavo de dicha normatividad al establecer que, MEDIMÁS S.A. iniciaría operación el primer día del mes siguiente del mes en que se perfeccione el plan de reorganización institucional, rigiendo dicha resolución a partir de su expedición (19 de julio de 2017).

De otra parte, la promotora del litigio solicita en su recurso que se le reconozca en su totalidad los gastos médicos en que incurrió; es decir, se tenga en cuenta también los tratamientos de quimioterapia que tuvo que sufragar con posterioridad al 9 de agosto de 2017.

Verificada la decisión de primera instancia, observa la Sala que el fallador se pronunció frente a los mismos en la parte considerativa de la decisión, al señalar: *«así mismo, se ordenará a MEDIMÁS EPS, el reembolso de los gastos en que incurrió la señora María Consuelo Londoño Valencia (q.e.p.d), por la atención de urgencias recibida en la clínica SOMER, del 1 de agosto (fecha en que entró en operación) al 9 de agosto de 2017 y por las demás atenciones brindadas a dicha paciente en la IPS en mención, con posterioridad al 1 de agosto de 2017 [sic]»*. (negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, se colige que MEDIMÁS EPS está obligada a responder por los gastos médicos en que incurrió la señora Londoño después del 9 de agosto de 2017, aspecto que no quedó de manera taxativa en la parte resolutive de la decisión. Así las cosas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 287 del CGP, se complementará el ordinal quinto de la sentencia del 23 de febrero de 2022.

ii) Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado:

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que, quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso dentro del término definido por la liquidación a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual, en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese horizonte, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de los gastos médicos, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

En consecuencia, se **adicionará** el ordinal quinto de la sentencia apelada y se **confirmará** en lo demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

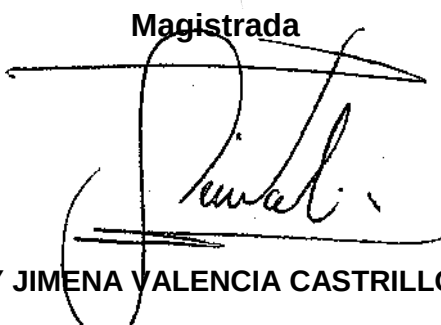
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal quinto de decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 23 de febrero de 2022; en consecuencia, se ORDENA a MEDIMÁS EPS a reconocer a la señora María Consuelo Londoño Valencia (q.e.p.d) la suma correspondiente a los servicios prestados en la clínica Somer de la ciudad de Medellín – Antioquia con posterioridad al 1 de agosto de 2017.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202201077-02
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	HENRY MAURICIO MOTTA SAMANIEGO en representación de su madre LUZ MARINA SAMANIEGO DE MOTTA
DEMANDADOS	CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 3 de marzo de 2022 (*Exp. Digital PDF 2*).

ANTECEDENTES

HENRY MAURICIO MOTTA SAMANIEGO en calidad de hijo de la señora LUZ MARINA SAMANIEGO DE MOTTA acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$12.584.875, por incurrir en gastos de atención médica en el centro médico Imbanaco junto con el pago de interiores moratorios.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, el día 27 de septiembre de 2018, la señora Luz Marina Samaniego a sus 70 años de edad presentó malestar general, diarrea con sangre, viéndose en la necesidad de acudir a urgencias a

la clínica más cercana «*centro médico Imbanaco*», en donde fue diagnosticada con «*hemorragia de vías digestivas baja, choque hipovolémico, antecedente de enfermedad hepática – cirrosis/infección por hepatitis C manejada con interferón, antecedente de hipertensión arterial*», debiendo ser hospitalizada, con tratamiento transfusión de glóbulos rojos, paraclínicos e interconsulta de cirugía general.

Acotó que, teniendo en cuenta que no existía convenio entre la EPS y la IPS, se inició proceso de referencia y contra referencia el 28 de septiembre de 2018; que ante la gravedad del estado de salud de la paciente tuvo que ser remitida a UCI; que la EPS Cruz Blanca emitió orden de autorización No. 200968046, pero solo autorizó dos días de UCI, dejando de lado exámenes, diagnósticos, valoraciones, medicamentos y demás atenciones médicas; que pese a la gravedad de salud de la señora Luz Marina Samaniego la EPS se escudó en informar que no tenía convenio con el centro médico Imbanaco y no quiso autorizar los servicios médicos que se requerían; motivo por el cual su hijo tuvo que costear los gastos médicos, los cuales correspondieron a la suma de \$12.584.875.

Sostuvo que, ante la imposibilidad de continuar cancelando la atención médica en el centro médico Imbanaco y que Cruz Blanca no quisiera autorizar los servicios médicos requeridos, se vio en la necesidad de trasladar a la paciente a la clínica fundación Valle de Lili; que al llegar a dicho centro médico le hicieron de nuevo el *triage* y la remitieron a la IPS primaria de 2 y 3 nivel, por lo que se dirigieron a la clínica Nuestra ingresando el 30 de septiembre de 2018 a las 10:45 p.m., iniciándose manejo médico intrahospitalario, interconsulta por medicina familiar y paraclínicos, pese a su estado de salud deciden darla de alta el 3 de octubre de 2018.

Agregó que, la paciente continuó con malestar por lo que tuvo que reingresar a urgencias el 8 de octubre de 2018, en la clínica Nuestra siendo remitida a UCI; que dada las complicaciones en su salud fallece el día 10 de octubre de 2018.

Posteriormente, el día 18 de octubre de 2018, presentó solicitud de reembolso ante la EPS Cruz Blanca, solicitud que fue negada el 14 de diciembre de 2018, indicándosele que no realizó trámite ante la EPS y que los familiares decidieron continuar plan de manejo de manera particular.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CRUZ BLANCA EPS en liquidación contestó indicando que al revisar los archivos informáticos de la entidad se pudo evidenciar que los días 14 y 18 de diciembre de 2017, los especialistas que atendieron a la usuaria anotaron que padecía de cirrosis

hepática y dos lesiones nodulares altamente sospechosas de carcinoma hepático secundarias a hepatitis C post transfusión realizada hacía más de 30 años, época en que Cruz Blanca no existía; por lo tanto, la cirrosis como el carcinoma hepático eran complicaciones tardías de la hepatitis C.

Informó que, a la usuaria se le expidieron de forma oportuna todas las autorizaciones necesarias para su atención según las solicitudes de los especialistas tratantes; que le área médica les indicó que la usuaria a través de los servicios prestados por la entidad se le autorizaron varios servicios médicos, de igual manera, se podía evidenciar que la patología por la cual se solicitaba las diferentes intervenciones y procedimientos para la atención en salud fueron atendidas por la entidad, no siendo procedente el reembolso solicitado ya que la usuaria contaba con las autorizaciones necesarias para su caso específico, siendo voluntad del actor incurrir en ellos, no quedando demostrada la negligencia señalada, pues fue voluntad de la parte actora tomar los servicios particulares.

La Superintendencia de Salud mediante providencia del 5 de agosto de 2020, requirió al **CENTRO MÉDICO IMBANACO** para esclarecer los hechos de la demanda, dicho centro médico contestó señalando que la señora Luz Marina Samaniego ingresó al servicios de urgencias el día 27 septiembre de 2018, por diarrea y gastroenteritis con egreso el día 30 de septiembre; que en el momento de verificación de derechos se confirmó como cotizante de Cruz Blanca EPS y se registró que la paciente ingresaba como particular.

Finalmente, afirmó que solicitó remisión a Cruz Blanca al no realizarse autorizaciones de servicio por parte de dicha EPS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 03 de marzo de 2022, decidió:

PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA a la doctora Alexandra Acosta Peña identificada con cédula de ciudadanía No. 52.964.441 y tarjeta profesional No. 338.420 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada judicial de Cruz Blanca EPS, en liquidación en los términos del poder conferido.

SEGUNDO: ACCEDER a la pretensión formulada por el señor Henry Mauricio Motta Samaniego en contra de Cruz Blanca EPS en liquidación por las consideraciones anteriormente señaladas.

TERCERO: ORDENAR a Cruz Blanca EPS en liquidación reconocer y pagar a favor del señor Henry Mauricio Motta Samaniego la suma de doce millones quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$12.584.875).

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que analizada la documental aportada al expediente, así como la valoración de la documental médica efectuada por la galena adscrita a dicha entidad, se había logrado evidenciar que la señora Luz Marina Samaniego de Motta acudió el 27 de septiembre de 2018, al centro médico Imbanaco al presentar los siguientes quebrantos de salud: «*epigastralgia, náuseas, sensación de reflujo gastroesofágico y deposiciones negras*».

Sostuvo que, el 29 de septiembre de 2018, se le realizó endoscopia de vías digestivas altas en que la que se observó várices esofágicas sin hemorragia, se ligaron con 5 bandas elásticas; que ese mismo día le realizaron colonoscopia total en la que se observó hemorroides internas sin complicación y divertículos; que el 30 de septiembre de 2018, se da salida debido a que se requería hospitalización y la familia no podía seguir costearo la estadía en el centro médico Imbanaco.

Resaltó que, el ingreso de la señora Luz Marina Samaniego al centro médico Imbanaco fue por el servicio de urgencias, el cual no fue autorizado por el Cruz Blanca EPS, razón por lo cual el señor Henry Motta hijo de la señora Luz Marina Samaniego debió cancelar la suma de \$12.584.875.

De acuerdo a lo anterior, arguyó que del cuadro clínico que presentaba la señora Luz Marina Samaniego constituía una urgencia médica dado el diagnóstico de diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso y hemorragia gastrointestinal; que en el análisis se había anotado que la paciente tenía antecedente de hepatitis C manejada, cirrosis y probable hepatocarcinoma asociado; por lo que fue atendida por urgencia.

Así las cosas, se tenía que tal y como lo conceptuaba la profesional de la medicina adscrita a dicho despacho, en el presente caso se había presentado alteración en la integridad física que exigía la atención médica inmediata e impostergable a efecto de evitar mayores complicaciones. Resaltó, el fallador que a efectos de garantizar la atención de urgencias no era necesario que la IPS particular tuviera que solicitar autorización o permiso a la EPS a la cual se encuentre afiliada la paciente, ya que todas las IPS que prestan servicios de salud están en la obligación de atender la población que acude ante una alteración de la integridad física o mental que genere una atención médica inmediata.

Consideró que, la clínica Imbanaco había incumplido las normas de SGSSS al imponer una carga económica que no debía asumir el paciente a sus familiares, pues los inconvenientes que habían podido surgir en los trámites administrativos entre cruz blanca EPS no debían ser trasladados al usuario o a sus familiares.

En cuanto a los argumentos de la EPS de que se habían expedido de forma oportuna las autorizaciones necesarias para su revisión, según las solicitudes de los especialistas tratantes, expresó la *a quo* que no era cierto, por cuanto el centro médico Imbanaco había realizado verificación de derechos y brindó la atención de urgencias requerida por la paciente hasta el momento de la activación de trámite de remisión por solicitud de Cruz Blanca EPS, quien no había autorizado la continuidad en dicho centro médico, evidenciando que la EPS había tenido conocimiento de la atención de urgencias que se le estaba brindando a la paciente en dicha IPS y decidió no asumir su cobertura, ordenando su traslado a una IPS de su red prestadora, motivo por el cual procedió al reconocimiento y pago del reembolso solicitado.

RECURSO DE APELACIÓN

CRUZ BLANCA EPS en liquidación apeló la decisión del *a quo* bajo los siguientes argumentos:

i) Carencia de objeto por hacer parte del auto de graduación y calificación de acreencias:

Refirió que, una vez realizada la auditoria con el área de acreencias se evidenció que el demandante se hizo parte del auto de graduación y calificación por medio de la reclamación No. D – 23 000017, presentada de manera oportuna, siendo calificada y graduada mediante resolución RES001348 de 2020, valor reclamado \$12.584.875; valor aprobado \$0.00, dado que las calificaciones y graduaciones realizadas por el liquidador fueron el resultado de un proceso de auditoria (técnica, contable y jurídica); que para el caso puntal arrojó como resultado rechazo, tal como lo disponía dicho acto administrativo.

ii) Inexistencia de la obligación a cargo de Cruz Blanca

Se reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, esto es, que a la señora Luz Marina Samaniego le fueron autorizados los servicios médicos que requería; de manera que, no era obligación del actor cancelar los servicios médicos de manera particular.

iii) Acreencias presentadas al proceso liquidatorio y resultado de su análisis

Arguyó que, de acuerdo con los avisos emplazatorios publicados los días 15 y 29 de octubre de 2019, los acreedores debían radicar sus reclamaciones, en tal sentido el liquidador había establecido un equipo interdisciplinario para que prestará asesoría a todos los interesados en relación con el proceso concursal adelantado, garantizando en tal forma el derecho de defensa y debido proceso. Por lo tanto, en un proceso concursal y universal el liquidador solo podía pronunciarse acerca de reclamaciones que contengan obligaciones expresas, claras y exigibles que reúnan las condiciones establecidas para el título ejecutivo de conformidad con el artículo 422 y siguientes del CGP; en consecuencia, dentro de las facultades legales del liquidador no se encuentra la de controvertir, dirimir y determinar la existencia de un derecho que no contiene las características para ser un título ejecutivo.

iv) Condiciones relacionadas con la documentación que soporta el crédito reclamado.

Resaltó que, de conformidad con las normas que rigen la actuación administrativa, toda decisión jurídica debía estar sustentada con los soportes documentales encontrados en el archivo de la entidad que emitiera la decisión; que para el caso en particular en los archivos de Cruz Blanca; que en el trámite concursal quien ostentaba la carga de prueba era el acreedor, quien bajo la órbita procesal era el llamado a desvirtuar la presunción legal contenida el parágrafo único del artículo 9.1.3.2.4 del Decreto 2555 de 2010, esto es «la deuda del liquidador».

Expresó que, en el presente asunto se había evidenciado múltiples falencias en los documentos y sus soportes, ya que los mismos en varios eventos no estaban completos y dicha falencia no había sido subsanada por el presunto acreedor al momento de radicar su acreencia en el periodo establecido para ello; de manera que, el liquidador con la finalidad de brindar seguridad jurídica, proteger el derecho de igualdad de los acreedores y observar las disposiciones especiales y preferentes que rigen el proceso liquidatorio de Cruz Blanca, presumía cada acreencia reclamada teniendo en cuenta los soportes de cada una siempre y cuando fuera completa y generará certeza para determinar la existencia y naturaleza del crédito respecto de la entidad en liquidación, caso contrario, de no ser completos o generar duda, el liquidador tenía la obligación de rechazarla.

De acuerdo a lo anterior, dada la inexistencia de la obligación reclamada por el demandante, solicita sea declarada probada la excepción y se aplique el principio jurídico de doble reclamación y debido proceso, ya que el demandante inició otro proceso para solicitar la devolución del pago.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si procede el reconocimiento y pago de los gastos que se generaron por la estadía en urgencias de la señora Luz Marina Samaniego en el centro médico Imbanaco de la ciudad de Santiago de Cali.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Luz Marina Samaniego de Motta ingresó en urgencias el 27 de septiembre de 2018, en el centro médico Imbanaco de la ciudad de Santiago de Cali, al presentar signos de diarrea con sangre, dolor abdominal y náuseas; **ii)** que para el momento en que ingresó a urgencias se encontraba afiliada a la EPS Cruz Blanca en calidad de cotizante, desde el 15 de febrero de 2001.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del*

paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.

En el caso bajo estudio, se tiene que la polémica se centra en el recobro de gastos médicos en que tuvo que incurrir el hijo de la señora Luz Marina Samaniego durante su permanencia en urgencias en el centro médico Imbanaco, aludiendo que la EPS demandada a pesar de conocer que a su afiliada le estaban prestando el servicio en dicho centro médico se abstuvo de cubrir los gastos que se requerían para su tratamiento, debiendo sufragar de manera particular los mismos.

Para resolver la controversia, se tiene que la normativa que regula prestación de los servicios de salud consagra la atención inicial de urgencias obligatoria en cualquier IPS del país como una garantía fundamental de todas las personas, tal como lo dispone el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, reiterado en el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, en donde se indica:

ARTÍCULO 67. ATENCIÓN DE URGENCIAS. *La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. Para el pago de servicios prestados su prestación no requiere contrato ni orden previa y el reconocimiento del costo de estos servicios se efectuará mediante resolución motivada en caso de ser un ente público el pagador. La atención de urgencias en estas condiciones no constituye hecho cumplido para efectos presupuestales y deberá cancelarse máximo en los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura de cobro.*

Asimismo, el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, señala:

PARÁGRAFO. *Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.*

Por último, el literal b) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, que consagra los derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, indica:

ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. *Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:*
[...]

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;

[...]

Bajo tales postulados normativos, no cabe duda que los hospitales, clínicas y demás centros clínicos tiene la obligación de atender y estabilizar a los pacientes que ingresan por urgencias así no tengan convenio con la EPS en la cual se encuentren afiliados; de igual manera, la EPS que tenga conocimiento de que sus afiliados se encuentre en urgencias en IPS no adscrita a su red de prestación de servicios de salud debe cubrir los gastos en que se incurra su estadía mientras es reubicado en un centro médico de su red de servicios.

Ahora bien, en lo que respecta a las personas de la tercera edad la Corte Constitucional en sentencia T- 015/2021, adujo:

35. *Esta Sala reitera la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional,^[45] tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta.^[46] Pero además es importante resaltar, en este caso que estamos en presencia de una persona de la tercera edad que supera los 100 años, por lo cual se trata de un adulto mayor entre los mayores, que son sujetos de especialísima protección constitucional y por lo tanto de acuerdo con el legislador estatutario “... su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.”^[47] Estos adultos mayores entre los mayores, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida.*

Pues bien, la Sala encuentra que las anteriores disposiciones normativas y jurisprudenciales sirven de fundamento legal para endilgar las conductas que les fueron reprochadas a la EPS accionada, por cuanto según se puede ver del reporte clínico que adjunto el centro médico Imbanaco, la EPS tuvo conocimiento del ingreso de la señora Luz Marina Samaniego por urgencias, afiliada que para entonces contaba con 70 años de edad, por lo que era sujeto de especial protección constitucional y con diagnóstico de diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso con antecedentes cirrosis hepática; a pesar de ello, la EPS se negó a cubrir los servicios de urgencias una vez fue puesto en conocimiento por parte del centro médico Imbanaco solicitando la remisión inmediata de la paciente a un centro clínico adscrito a su red, siendo este el motivo por el cual el hijo de la paciente debió cubrir los gastos incurridos, tal y como se puede observar de los siguientes pantallazos:

PACIENTE CON ANTECEDENTE DE CIRROSIS HEPATICA, VARICES ESOFAGICAS QUIEN INGresa POR PRESENTAR CUADRO DE SANGRADO DIGESTIVO, POR LO CUAL SE CONSIDERA INICIAR MANEJO CON TERLIPRESINA, OMEPRAZL Y SE ENCUENTRA EN PREPARACION APRA REALIZACION DE ENDOSCOPIA Y COLONOSCOPIA. EN EL MOMENTO ESTABLE, SIN DETERIORO HEMODINAMICO. CONSIDERO INICIAR MANEJO CON HEPAMERZ PARA PREVENCION DE ENCEFALOPATIA HEPATICA. SOLICITO PARACLINICOS DE CONTROL. PENDIENTE AUTORIZACION POR ENTIDAD HOSPITALIZAR EN UCIN

Tipo Estancia: Evolución Urgencias
Criterio: Paciente con vigilancia médica.

Firmado electrónicamente por CARLOS FELIPE SALGADO BELLO -- MEDICINA DE URGENCIAS
Tarjeta Profesional: 25767/2011 Identificación CC 1019013558

28 septiembre 2018 11:19 - (PISO 0 URGENCIAS)

NOTA MEDICA, PACIENTE A QUIEN DESDE EL INGRESO SE LE INICIO ATENCION EN FORMA PARTICULAR CON INDICACION DE MANEJO EN UNIDAD DE CUIDADO INTERMEDIO, SE INICIO PROCESO DE REMISION CON SU EPS, QUE AÚN NO HA SIDO POSIBLE, DEBIDO A QUE LA FAMILIA ARGUMENTA QUE NO PUEDEN SEGUIR PROCESO DE ATENCION DEBIDO A SITUACION ECONOMICA, DECIDEN FIRMAR ALTA VOLUNTARIA A FIN DE PODER CONTINUAR PROCESO DE ATENCION MEDICA EN RED DE ATENCION DE SU EPS. SE EXPLICA SOBRE RIESGOS E IMPLICACIONES DE SU DECISION.

Se dió información al paciente/familia sobre la condición clínica, evolución y plan de manejo

Tipo Estancia: Egreso

Criterio: Estabilidad hemodinámica sin soporte farmacológico IV.

Lo anterior permite concluir que, existió negligencia tanto de la EPS como del centro médico que atendió a la señora Luz Marina Samaniego al exigirle tener que pagar los servicios de urgencias de manera particular, puesto que no resulta razonable que los afiliados deban acarrear los trámites administrativos que son propias de las EPS y las IPS que prestan un servicio de urgencias, por cuanto, como bien lo dispone la ley colombiana, estos servicios deben prestarse sin costo alguno a los pacientes, pues de hacerlo afectaría la integridad física y mental en la que se encuentra la persona que para el momento presenta un estado grave de salud.

De suerte que, no resulta valederos los argumentos de la EPS en cuanto a que fue voluntad de los familiares de la señora Luz Marina pagar los servicios médicos prestados en el centro médico Imbanaco; pues resulta claro que fue la EPS fue quien se negó a autorizar el servicio médico requerido; motivo más que suficiente para considerarse que procede el reembolso solicitado.

En cuanto a los argumentos de la EPS relacionados la doble reclamación, esto es, en relación a que la parte actora reclamó previamente ante el liquidador de la EPS demandada el reembolso de los gastos médicos aquí solicitados, tal aspecto no conlleva a que no pueda ordenarse por este medio el pago solicitado, pues como bien lo mencionó el recurrente en el proceso liquidatorio fue negado al considerarse que no se encontraba probada la obligación, situación que no resulta la del presente asunto; pues aquí quedó en evidencia la negligencia en la que incurrió la EPS para prestar el servicio de salud que requirió la señora Luz Marina Samaniego el 27 de septiembre de 2018.

En tal sentido, el accionante cumplió con la carga procesal que le recaía quedando el liquidador obligado a pagar lo ordenado de acuerdo a los parámetros establecidos en el Decreto 2255 de 2010, que dispone:

ARTÍCULO 9.1.3.5.10 Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso. Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.

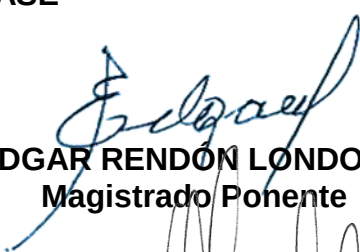
Así las cosas, con fundamento en las consideraciones expuestas la Sala **confirmará** lo decidido por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 9 de marzo de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'E' and 'J' followed by the name 'Valencia' in a cursive script.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202201151-02
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	SHIRLEY EDITH PÉREZ MIRA
DEMANDADOS	MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 16 de diciembre de 2021 (*Exp. Digital PDF 5*).

ANTECEDENTES

SHIRLEY PÉREZ MIRA acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reconocimiento y pago de la suma de \$1.750.000, correspondiente a los gastos en que incurrió por concepto de realización de exámenes médicos ordenados por el médico especialista en neurología.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, solicitó de manera urgente cita médica que le fue asignada el 28 de febrero de 2019; sin embargo, al presentarse le informaron que no registraba en el sistema, indicándose por parte de la

persona que la atendió que posiblemente en línea de atención al cliente no se había hecho confirmación de la misma.

De acuerdo al anterior, hizo la respectiva reclamación que conllevo a que le fuera asignada una cita prioritaria con el Doctor Juan Felipe Muñoz Zora, quien al valorarla le manifestó que probablemente presentaba parálisis corporal, ordenándole exámenes médicos. Posteriormente, asistió en múltiples ocasiones a la EPS para programar cita médica y poderse practicar los exámenes ordenados; pero nunca fue posible obtener lo requerido, puesto que siempre le manifestaron no contar con disponibilidad.

En razón a lo anterior y teniendo en cuenta sus quebrantos de salud se vio en la necesidad de consultar de manera particular a un médico especialista en neurología, siendo atendida el 12 de marzo de 2019, galeno que le ordenó la toma de varios exámenes médicos, teniendo que cubrir parte de ellos con su propio peculio.

Añadió que, el día 13 de marzo de 2019, decidió instaurar acción de tutela en contra de MEDIMÁS EPS para que se ordenará la práctica de los demás exámenes médicos y el reembolso de los gastos asumidos, correspondiéndole al Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín, quien el 26 de marzo de 2019, tuteló sus derechos fundamentales, ordenando a la EPS MEDIMÁS que: *«(...) en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice a la actora los servicios de consulta por primera vez por especialista en medicina familiar, glucosa en suero u otro fluido diferente de orina, creatinina en suero u otros fluidos, uroanálisis, hemograma automatizado, angio RM de SNC [sic] (cráneo, cervical y dorsal contrastada). Conceder tratamiento integral a favor de Shirley Edith Pérez Mira, respecto del diagnóstico de cefalea a cargo de Medimás EPS».*

Luego, se acercó ante la sede de Medimás EPS para que se diera cumplimiento al fallo de tutela, sin que se logrará su cometido, razón por la cual, el día 2 de abril de 2019, se dispuso a presentar queja ante la Superintendencia Nacional de Salud en donde le dieron asesoría para solicitar los recobros y se comprometieron a mediar para la realización de los estudios pendientes.

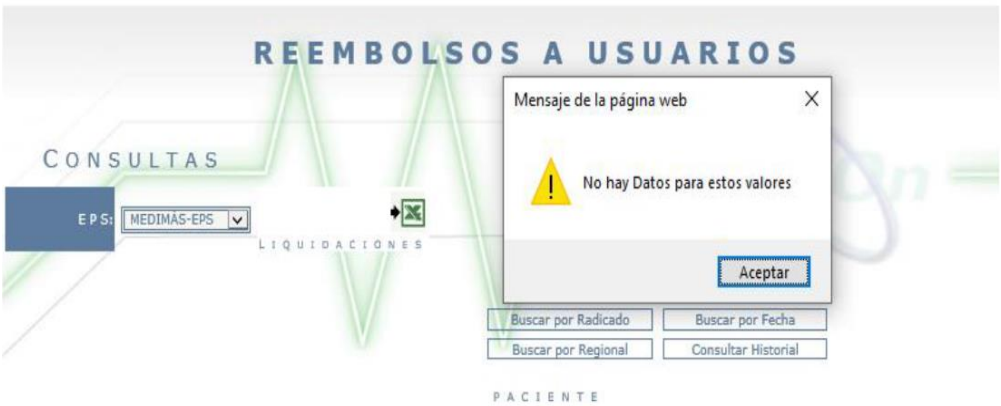
El día 5 de abril de 2019, fue informada que MEDIMÁS EPS había presentado recurso de apelación contra el fallo tutela, por lo que el Juez constitucional que conoció del caso se comunicó con ella a fin de verificar si la accionada había dado cumplimiento, oportunidad en la cual le manifestó las dificultades presentadas ante la EPS para conseguir lo ordenado por el Juez de tutela.

El día 12 de abril de 2019, teniendo en cuenta sus quebrantos de salud se vio obligada a efectuarse de manera particular examen «*angio RM de SNC [sic] cráneo, cervical y dorsal contrastada*»; el día 8 de mayo de 2019, el Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín confirmó el fallo de primera instancia, adicionando el fallo en lo siguiente: «*se faculta el recobro de la EPS ante la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social (ADRES), siempre y cuando los insumos médicos aquí ordenados estén por fuera de las obligaciones legales o contractuales de la EPS*».

Finalmente, sostuvo la demandante que la EPS demandada nunca se comunicó con ella para programarle la realización de exámenes; que actualmente se encuentra afiliada a SANITAS EPS en donde recibe tratamiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MEDIMÁS EPS contestó indicando que al consultar el área de reconocimiento de prestaciones económicas y el área de cuentas médicas encontró que la señora Shirley Pérez no había prestado solicitud de reembolso, tal como se podía ver en el siguiente pantallazo:



Invitando a la demandante a comunicarse y hacer la solicitud de manera formal, señalando que se encontraba en término.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 16 de diciembre de 2021, decidió:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión formulada por la señora Shirley Edith Pérez Mira en contra de la EPS Medimás de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS MEDIMÁS reconocer y pagar a favor de la señora Shirley Edith Pérez Mira, la suma de un millón setecientos setenta y cinco mil pesos m/cte (\$1.755.000), en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que fueron valoradas las pruebas allegadas al proceso por parte de la Doctora Claudia Fajardo Ángel integrante del grupo de apoyo especializado de la Superintendencia de Salud.

Paso seguido, adujo que el derecho al diagnóstico médico no podía quedar en entredicho por la negligencia administrativa, siendo los exámenes médicos indispensables para establecer si el paciente padece enfermedades que puedan poner en peligro su vida.

Recalco que, las ordenes médicas expedidas por el médico tratante particular Doctor Juan Fernando Calle Lemus fueron puestas en conocimiento de la EPS tal y como se evidenciaba en la historia clínica diligenciada por el médico especialista en neurología con sello de radicado en la EPS regional Antioquia del 26 de marzo de 2019; que no se identificaba trámite administrativo asistencial realizado por la EPS Medimás tendiente al análisis, transcripción y/o autorización de las ayudas diagnósticas requeridas con prioridad por la paciente, prescritas por el médico particular; que si bien no estaba adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, era un profesional que hacía parte del sistema de salud; resaltando que indistintamente si se encontraba adscrito o no a la EPS, era quien tenía la calidad de médico tratante; debiéndose tener en cuenta que el tratamiento había sido ordenado por un médico externo ante incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la demandada al no brindarle una atención oportuna e integral.

Agregó que, los tratamientos y exámenes médicos habían sido ordenados a través de tutela sin que la EPS diera cumplimiento, motivo que conllevó a que la demandante debiera realizarse los exámenes de manera particular; por lo que era necesario tener en cuenta que la accionante presentaba síntomas prolongados que inferían una posible esclerosis múltiple que requería de un diagnóstico oportuno; razones que conllevaban al reconocimiento del reembolso de los gastos médicos solicitados así:

FACTURA	PSS	CONCEPTO	VALOR
Factura No. FC 30920	ESCANO - Escanografía neurológica S.A: - No. FC 30920	Holter 24 horas	\$ 285.000
Factura No. 572702	Centro Clínico de Investigación SICOR	Ecografía de tiro	\$ 45.000
Factura No. 80225	ESCANO- Escanografía neurológica S.A: 1- No. 80225 - \$645.000	RNM cerebro ce	\$ 645.000
Factura No No. 80227	ESCANO - Escanografía neurológica S.A.	RNM columna ce	\$ 390.000
Factura No No. 80226	ESCANO - Escanografía neurológica S.A No. 80226 - \$390.000	RNM columna torácica simple	\$ 390.000
TOTAL			\$ 1.755.000

RECURSO DE APELACIÓN

MEDIMÁS EPS apeló la decisión del *a quo* manifestando imposibilidad de cumplimiento, reiterando que en oficina de gestión interna y administrativa de reconocimiento y prestaciones económicas de la aseguradora se procedió a consultar y validar la solicitud de reembolso realizada por la señora Shirley para lo cual encontró que no había radicado ante dicha entidad solicitud de reembolso; requiriendo de nuevo a la actora para que efectuará dicha solicitud.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: *i)* si procede el reconocimiento y pago de gastos médicos por concepto de realización de exámenes que perseguían diagnosticar enfermedad padecida.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Shirley Edith Pérez Mira se encontraba afiliada a la EPS demandada en calidad de cotizante para el momento de los hechos; *ii)* que acudió de manera particular al especialista en neurología con el profesional Juan Fernando Calle Lemus quien ordenó una serie de exámenes médicos para diagnosticar enfermedad.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*

Debe recordarse que, son fines primordiales del sistema de seguridad social en salud la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, oportunidad, calidad y eficiencia frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios, pues así lo establece el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

Asimismo, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los principios del sistema general de seguridad social en salud los cuales corresponden a la universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad, calidad, entre otros.

De otro lado, la Corte constitucional en sentencia **T- 122/2021**, recordó:

85. El otro principio que resulta pertinente a la luz de los casos de la referencia es el de integralidad. De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse “de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.”^[151] De esta garantía se deriva, en los términos de la misma norma, una prohibición de fragmentar “la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.”^[152] Como resultado de este principio, la Corte Constitucional^[153] ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente,^[154] con calidad^[155] y de manera oportuna,^[156] antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.^[157]

Lo anterior, se armoniza con lo dispuesto en la sentencia CSJ **SC2769-2020** de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde se determinó la responsabilidad civil de las entidades prestadoras del servicio de salud cuando no acatan las obligaciones que tienen con sus afiliados, indicando:

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

(...) la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...).» (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito (Negrillas fuera del texto original).

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y

rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional (Negritas fuera el texto original).

Más adelante agrega que

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil.

De otro lado, la Corte Constitucional ha sostenido el derecho a la continuidad del servicio de salud, indicando en la sentencia T-015/2021, lo siguiente:

21. *La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la continuidad en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta la Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la continuidad de tratamientos médicos ya iniciados.^[29] Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,^[30] en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también “en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico^[31] o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.*

En el presente caso, la demandante aduce en su escrito de demanda que en virtud de sus quebrantos de salud procedió a solicitar ante su EPS cita médica; que después de muchos intentos en línea de atención al cliente le fue asignada la correspondiente cita; sin embargo, al acudir a la fecha y hora programada le informaron que no registraba cita pendiente, situación que derivó en reclamación, lo cual dio lugar a que le fuera asignada una cita prioritaria con el doctor Juan Felipe Muñoz Zora, galeno que le ordenó la toma de varios exámenes médicos para diagnosticar la enfermedad padecida y atención con medicina familiar.

No obstante, al solicitarse lo requerido la EPS se negó mencionándole que no tenía disponibilidad, situación que la conllevó a tener que consultar de manera particular a un médico especialista en neurología, quien también le ordenó toma de exámenes médicos para diagnosticar la enfermedad padecida; teniendo que sufragar parte de ellos de manera particular; que ante el costo de alguno de ellos se vio en la necesidad de acudir de nuevo ante al EPS para que fueran cubiertos, siendo nuevamente negados; ante tal

eventualidad debió interponer una acción de tutela que amparó su derechos fundamentales y ordenó a la EPS aquí demandada a:

SEGUNDO. ORDENAR a MEDIMAS EPS, que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, realice a la actora los servicios de CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA FAMILIAR, GLUCOSA EN SUERO U OTRO FLUIDO DIFERENTE A ORINA, CREATININA EN SUERO U OTROS FLUIDOS, UROANALISIS, HEMOGRAMA IV AUTOMATIZADO, ANGIO RM DE SNC (CRANEO, CERVICAL y DORSAL) CONTRASTADA,

A pesar de lo anterior, la EPS se abstuvo de cumplir con el fallo de tutela.

En esta oportunidad aduce la demandada que no es posible acceder al reembolso solicitado dado que no registra en su sistema que la accionante la haya presentado. Acorde con a los anteriores argumentos, de las pruebas aportadas al plenario la Sala observa el resumen médico expedido por el especialista particular con sello de recibido por parte de la EPS accionada de fecha 25 de marzo de 2019 (Exp. Digital- PDF 1).

De suerte, que si bien no existe como tal un formato de solicitud de reembolso, sí se encuentra probado que la accionante puso en conocimiento de la EPS la orden médica particular a la que tuvo que acceder ante la imposibilidad de que le fuera prestado el servicio, en donde se además se especifica exámenes de laboratorio para realizar a fin de determinar diagnóstico médico; de igual manera, se encuentran los fallos de tutela en donde se le ordenó a dicha entidad promotora de salud la obligación de realizar los exámenes médicos requeridos; a pesar de ello, la entidad fue renuente en no querer prestar el servicio médico y no proceder al reembolsar los gastos médicos incurridos.

Estos aspectos, claramente dejan ver una omisión en su proceder, pues de acuerdo a los hechos narrados por la señora Shirley y las pruebas obrantes en el informativo, se logra evidenciar un deficiente manejo administrativo por parte de la EPS, situación que deriva en un mal servicio para sus afiliados y pone en riesgo la salud de los mismos ante la demora y negligencia en la asignación de citas y órdenes para exámenes médicos, siendo deber de la llamada a juicio continuar con el tratamiento médico requerido a su afiliada una vez tuvo conocimiento de lo ordenado por el médico particular, puesto que si bien no se encontraba adscrito a su dependencia es un especialista en salud con las capacidades suficientes para diagnosticar la enfermedad, más aún cuando los exámenes médicos ordenados complementaron los inicialmente solicitados por el médico adscrito a la EPS accionada.

Bajo tal entendido, no resultan razonables los argumentos del apelante para no reembolsar los gastos en que incurrió la señora Shirley, siendo su carga procesal conforme al artículo 167 del CGP, demostrar que prestó de manera oportuna y continua el servicio médico, lo cual brilla por su ausencia, motivos más que suficientes para **confirmar** lo decidido por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 16 de diciembre de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

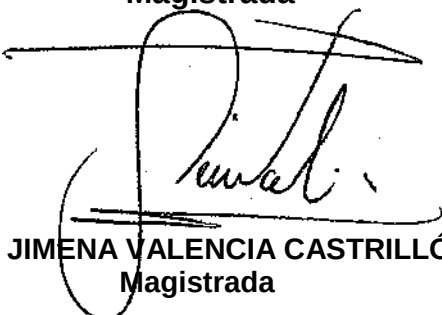
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001205000202201157-02
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	MULTIEMPLEOS S.A.
DEMANDADOS	MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 19 de agosto de 2021 (*PDF 5*).

ANTECEDENTES

La SOCIEDAD **MUTIEMPLEOS S.A.** acude a la presente acción a efectos de que ordene a MEDIMÁS EPS el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades:

ID	C.C.	NOMBRE DEL TRABAJADOR	FECHA INICIO INCAPACIDAD	FECHA FIN INCAPACIDAD	SECUENCIA INCAPACIDAD
1	1085095641	BALDOVINO RAMOS CARMEN EDITH	19/09/2017	23/01/2017	1
2	1095841162	BUENO CHANAGA DIEGO	26/01/2018	28/01/2018	1
3	1214737351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	5/11/2017	12/11/2017	1
4	1151447861	GOMEZ MONTOYA KATHERINE	26/07/2017	28/11/2017	1
5	1109383718	GONZALEZ SEGURA EDWIN SMITH	4/04/2018	11/04/2018	1
6	1083908601	UJAI GIRONZA VIVIANA ALEJANDRA	31/12/2017	10/08/2017	1
7	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	2/12/2017	4/12/2017	1
8	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	4/04/2017	6/04/2017	2
9	80012802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	8/11/2017	12/11/2017	1
10	1015995847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	3/01/2018	8/01/2017	1
11	1033731677	PARDO AMADO JONATHAN STEVEN	25/02/2018	5/03/2018	1
12	1013640446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	19/02/2018	21/02/2018	1
13	1019072018	TORRES GONZALEZ DIEGO FERNANDO	17/10/2017	21/10/2017	1

De igual manera, se le reconozca el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 y el pago de costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, la empresa suscribió contrato de trabajo de obra o labor con los siguientes trabajadores:

ID	C.C.	NOMBRE DEL TRABAJADOR	FECHA CONTRATO	N° CONTRATO
1	1085095641	BALDOVINO RAMOS CARMEN EDITH	16/11/2016	1
2	1095841162	BUENO CHANAGA DIEGO	07/11/2017	1
3	1214737351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	28/04/2017	1
4	1151447861	GOMEZ MONTOYA KATHERINE	01/07/2016	1
5	1109383718	GONZALEZ SEGURA EDWIN SMITH	07/11/2017	1
6	1083908601	IJAJI GIRONZA VIVIANA ALEJANDRA	15/03/2017	1
7	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	18/07/2017	2
8	80012802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	08/06/2017	1
9	1015995847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	27/09/2017	1
10	1033731677	PARDO AMADO JONATHAN STEVEN	37/03/2017	1
11	1013640446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	18/05/2017	1
12	1019072018	TORRES GONZALEZ DIEGO FERNANDO	26/09/2017	1

A quienes se les otorgó las siguientes incapacidades:

ID	C.C.	NOMBRE DEL TRABAJADOR	FECHA INICIO INCAPACIDAD	FECHA FIN INCAPACIDAD	SECUENCIA INCAPACIDAD
1	1085095641	BALDOVINO RAMOS CARMEN EDITH	19/09/2017	23/01/2017	1
2	1095841162	BUENO CHANAGA DIEGO	26/01/2018	28/01/2018	1
3	1214737351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	5/11/2017	12/11/2017	1
4	1151447861	GOMEZ MONTOYA KATHERINE	26/07/2017	28/11/2017	1
5	1109383718	GONZALEZ SEGURA EDWIN SMITH	4/04/2018	11/04/2018	1
6	1083908601	IJAJI GIRONZA VIVIANA ALEJANDRA	31/12/2017	10/08/2017	1
7	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	2/12/2017	4/12/2017	1
8	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	4/04/2017	6/04/2017	2
9	80012802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	8/11/2017	12/11/2017	1
10	1015995847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	3/01/2018	8/01/2017	1
11	1033731677	PARDO AMADO JONATHAN STEVEN	25/02/2018	5/03/2018	1
12	1013640446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	19/02/2018	21/02/2018	1
13	1019072018	TORRES GONZALEZ DIEGO FERNANDO	17/10/2017	21/10/2017	1

En consecuencia, la empresa procedió a reconocer y pagar a favor de los trabajadores las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades y solicitó a la EPS que le reconociera el pago de las mismas; sin embargo, transcurrido el término legal, no se dio respuesta por parte de la accionada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MEDIMÁS EPS contestó señalando que no le constaba que los trabajadores Carmen Edith Baldovino Ramos, Diego Bueno Chanaga, Viviana Alejandra Ijaji Gironza, Jonathan Steven Pardo, Sebastián Celis, Edwin Smith González Segura, Álvaro Javier Jiménez Trespalacios, Henry Alexánder Lancheros, Nancy Martínez Gómez y Nathali Yuriana Pirateque Quesada, para el momento de los hechos se encontraran afiliados a CAFESALUD EPS; por tal razón no podía ser el asegurado en salud de los afiliados.

Añadió que, Medimás empezó operaciones de aseguramiento en salud el 1° de agosto de 2017; de tal manera, que por tratarse del pago de incapacidades generadas en vigencia de Cafesalud EPS, las pretensiones solicitadas son de responsabilidad de dicha entidad, proponiendo como excepción de fondo falta de legitimación por pasiva.

Sostuvo que, algunas de las incapacidades reclamadas fueron pagadas directamente al empleador, otras de las incapacidades solicitadas no habían sido transcritas en el sistema; por lo tanto, le correspondía al empleador realizar la respectiva radicación de los documentos requeridos para el correcto trámite de dicha transcripción, y parte de las incapacidades solicitadas habían sido expedidas en vigencia de Cafesalud EPS, por lo que no registraban en la base de datos; siendo necesario que el empleador radicará cuenta de cobro directamente ante dicha entidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 19 de agosto de 2021, decidió:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad **MULTIEMPLOES S.A.** en contra de **MEDIMÁS EPS S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **MEDIMÁS EPS** pagar a la sociedad **MULTIEMPLOES S.A.** la suma de **TRES MILLONES OCHO MIL SETESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$3.008.754)**, junto con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a **MEDIMÁS EPS S.A.** pagar a la sociedad **MULTIEMPLOES S.A.** la suma de **CIENTO CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MCTE (\$150.438.00)**, por concepto de agencias en derecho, correspondiente al 5% de la prestación reconocida, pago que deberá realizarse en favor del **DEMANDANTE** dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

[...]

Como sustento a su decisión, narró el sentenciador de primera instancia, que dada la contestación de la demanda por parte de MEDIMÁS EPS, se había requerido a la parte actora a fin de informará si en efecto algunas de las incapacidades reclamadas habían sido pagadas por la EPS demandada, quien indicó que en efecto parte de las incapacidades ya habían sido reconocidas quedando pendiente únicamente las siguientes por pagar:

CÉDULA	TRABAJADOR	FECHA INIC	FECHA FINA	DÍAS	RESPUESTA DEMANDANTE
1.214.737.351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	5/11/2017	12/11/2017	8	NO PAGADA
1.151.447.861	GOMEZ MONTOYA KATHERINE	26/07/2017	28/11/2017	126	NO PAGADA
1.109.383.718	GONZALEZ SEGURA EDWIN SMITH	4/04/2018	11/04/2018	8	NO PAGADA
1.046.909.150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	2/12/2017	4/12/2017	3	NO PAGADA
1.046.909.150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	4/04/2018	6/04/2018	3	NO PAGADA
80.012.802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	8/11/2017	12/11/2017	5	NO PAGADA
1.015.995.847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	3/01/2018	8/01/2018	6	NO PAGADA
1.013.640.446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	19/02/2018	21/02/2018	3	NO PAGADA
1.019.072.018	TORRES GONZALEZ DIEGO FERNANDO	17/10/2017	21/10/2017	5	NO PAGADA

Respecto de la incapacidad expedida al señor Edwin Smith González Segura, adujo que una vez revisado el expediente pudo evidenciar que la citada incapacidad fue expedida del 4 al 6 de abril de 2018, tal y como se observaba en el certificado de incapacidad aportado; por lo tanto, era competencia de Medimás EPS, toda vez que los aportes para el mes de abril de 2018, se habían realizado directamente a Medimás EPS.

En cuanto a la licencia de maternidad expedida a la señora Gómez Montoya expedida del 27 de julio de 2017 al 28 de noviembre de 2017, era responsabilidad de Medimás EPS a partir del 1° de agosto de 2017.

Frente al argumento de la demandada de la transcripción de incapacidades, recalcó que como quiera que en el presente asunto las incapacidades deprecadas habían sido expedidas por el médico tratante que conoció la situación médica de cada uno de los trabajadores, así no se encontrara adscrito a la red de prestadores de la EPS MEDIMÁS, la entidad demandada estaba en la obligación de transcribir la incapacidad, y como consecuencia, proceder a su reconocimiento y pago, siempre y cuando se cumpliera los requisitos mínimos establecidos para ello.

Acotó que, al revisarse los requisitos exigidos pudo determinar que los mismos se encontraban cumplidos, procediendo a realizar la correspondiente liquidación de los siguientes trabajadores:

No.	CÉDULA	TRABAJADOR	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS	DIAS A CARGO E	SALARIO LIQUIDA DESPACHC	LIQUIDACION DESPACHC
3	1.214.737.351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	5/11/2017	12/11/2017	8	6	\$ 737.717	\$ 147.543
4	1.151.447.861	GOMEZ MONTOYA KATHERINE	26/07/2017	28/11/2017	126	106	\$ 737.717	\$ 2.606.600
7	1.046.909.150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	2/12/2017	4/12/2017	3	1	\$ 737.717	\$ 24.591
8	1.046.909.150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	4/04/2018	6/04/2018	3	1	\$ 781.242	\$ 26.041
9	80.012.802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	8/11/2017	12/11/2017	5	3	\$ 737.717	\$ 73.772
10	1.015.995.847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	3/01/2018	8/01/2018	6	4	\$ 781.242	\$ 104.166
12	1.013.640.446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	19/02/2018	21/02/2018	3	1	\$ 781.242	\$ 26.041
TOTAL							\$ 3.008.754,13	

RECURSO DE APELACIÓN

MEDIMÁS EPS interpuso recurso de apelación argumentando que existía imposibilidad de cumplimiento, teniendo en cuenta lo siguiente:

TID_COT	DOC_BENEFICIARIO DEL PAGO	NOMBRE_BENEFICIARIO DEL PAGO	FECHA_INICIO	FECHA_FIN	OBSERVACION
CC	1214737351	CELIS JARAMILLO SEBASTIAN	5/11/2017	12/11/2017	NO TRANSCRITA
CC	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	2/12/2017	4/12/2017	NO TRANSCRITA
CC	1046909150	JIMENEZ TRESPALACIOS ALVARO JAVIER	4/04/2018	6/04/2018	Prescripción pago de incapacidades. Ley 1438 de 2011, art 28 y 145
CC	80012802	LANCHEROS LANCHEROS HENRY ALEXANDER	8/11/2017	12/11/2017	Prescripción pago de incapacidades. Ley 1438 de 2011, art 28 y 145
CC	1015995847	MARTINEZ GOMEZ NANCY	3/01/2018	8/01/2018	NO TRANSCRITA
CC	1013640446	PIRATEQUE QUESADA NATHALI YURIANA	19/02/2018	21/02/2018	NO TRANSCRITA

Arguyó que, las incapacidades reconocidas por la Superintendencia de Salud no aparecían transcritas en el sistema, por lo que el aportante disponía de 1 año calendario a partir de la fecha de emisión y ocurrencia del evento que dio lugar a la incapacidad y/o licencia de maternidad expedida por el médico tratante.

Adicionalmente, algunas de las incapacidades se encontraban prescritas, aclarando que las incapacidades generadas a partir del 19 de enero de 2011, en adelante, el derecho a cobrar el reconocimiento económico prescribe en 3 años, no pudiéndose hacer de manera retroactiva; es decir, que las incapacidades expedidas del 18 de enero de 2011, hacía atrás, prescriben en un año, según el artículo 28 de la Ley 1438 del 19 de enero de 2011.

En cuanto a la licencia de maternidad de fecha 26-07-2017 al 28-11-2017, generada a la usuaria Gómez Montoya Katherine, acotó que se había expedido en vigencia de Cafesalud, por lo debía tenerse en cuenta lo dispuesto en la circular 011 de 1995, literal 1-3 y 1-4, expresando la EPS que en esta se establece: «deberán cancelarse en su totalidad por la EPS que compenso los pagos aportados anteriores al mes del evento, teniendo como base de liquidación el IBC reportado en el mes del evento (julio del 2017-vigencia Cafesalud en liquidación)».

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si deben transcribirse las incapacidades de los trabajadores Sebastián Celis, Álvaro Jiménez, Nancy Martínez y Nathali Pirateque para el reconocimiento y pago por parte de la EPS demandada; **ii)** si las incapacidades de Álvaro Jiménez y Henry Lancheros se encuentran prescritas; **iii)** si la licencia de maternidad otorgada a la trabajadora Gómez Montoya Katherine esta a cargo de Cafesalud EPS en liquidación.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

i) Transcripción de incapacidades

Se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, es obligación del afiliado informar al empleador que le fue reconocida una incapacidad o licencia de maternidad, o paternidad, siendo deber del empleador tramitarla ante la entidad promotora de salud en la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Verificadas las pruebas aportadas al plenario, se observa que el empleador una vez tuvo conocimiento de las incapacidades solicitadas, procedió a reclamarlas ante la EPS tal como se puede evidenciar en la carpeta denominada «información CD» que reposa en el expediente digital, donde se desprende que el empleador tramitó la incapacidad de los trabajadores así:

Sebastián Jaramillo Celis: 16 de noviembre de 2017
Álvaro Javier Jiménez: 12 de diciembre de 2017
Nancy Martínez: 3 de enero de 2018
Nathali Pirateque: 4 de abril de 2018

De suerte que, le asiste razón al *a quo* en cuanto a que si la incapacidad fue expedida por el médico tratante y efectuada la reclamación por parte del empleador a la EPS que en ese momento prestaba el servicio, era obligación de MEDIMÁS EPS reconocerlas teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la resolución 2426 de 2017, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud en la cual se aprobó la cesación de activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios en salud y la cesión total de los afiliados a la sociedad MEDIMÁS S.A.

En este orden, no resultan válidas las razones expuestas por el apelante en cuanto a que al no existir transcripción de incapacidades ante dicha entidad no pueda proceder al pago, pues ante la cesación total de afiliados de CAFESALUD en liquidación corresponde su reconocimiento en los términos señalados en la sentencia de primera instancia, más aún cuando el empleador cumplió con su obligación de reclamar las mismas ante la entidad competente para el momento en que fueron otorgadas, no siendo correcto imponer requisitos o formalidades adicionales que no exige la norma para ello.

ii) prescripción de incapacidades.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, establece:

ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.*

Sobre el particular sostiene el recurrente que, el empleador reclamó el reembolso de las incapacidades de los trabajadores Álvaro Jiménez y Henry Lancheros de manera extemporánea, aclarando que las incapacidades generadas a partir del 19 de enero de 2011, en adelante, el derecho a cobrar el reconocimiento económico prescribe en 3 años, no pudiéndose hacer de manera retroactiva; es decir, que las incapacidades expedidas del 18 de enero de 2011, hacía atrás, lo cual resulta ser cierto de acuerdo a la norma citada.

Empero, en el caso *sub examine* las incapacidades fueron expedidas en vigencia de la Ley 1438 de 2011, de manera que el término prescriptivo es de 3 años. Así, al revisarse la fecha en que fueron otorgadas las incapacidades y su respectiva reclamación se evidencia que las mismas fueron presentadas en término tal como se pasa a resaltar.

Trabajador	Incapacidad	Reclamación
Jiménez Trespalacios Álvaro Javier	04/04/2018- 06/04/2018	26/04/2018
Lancheros Lancheros Henry Alexander	08/11/2017- 12/11/2017	14/12/2018

Por consiguiente, los argumentos expuestos por el recurrente no resultan avantes.

iii) Licencia de maternidad a cargo de Cafesalud EPS

Expone la parte demandada que no se encuentra en la obligación de reconocer la licencia de maternidad otorgada a la trabajadora Katherine Gómez Montoya dado que la misma se otorgó en la siguiente fecha: 26-07-2017 al 28-11-2017; es decir, en vigencia

de Cafesalud, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la circular 011 de 1995, literal 1-3 y 1-4, señalando la accionada: *«deberán cancelarse en su totalidad por la EPS que compenso los pagos aportados anteriores al mes del evento, teniendo como base de liquidación el IBC reportado en el mes del evento «julio del 2017-vigencia Cafesalud en liquidación».*

Al respecto, se tiene que si bien es cierto que quien deberá reconocer la licencia de maternidad de la trabajadora Gómez Montoya es la EPS que compenso los pagos aportados anteriores al mes del evento; es decir, en este caso CAFESALUD EPS, lo cierto es que no puede pasarse por alto que dicha entidad prestadora del servicio de salud entró durante la vigencia de la incapacidad de la señora Katherine en proceso de liquidación, asumiendo MEDIMÁS EPS sus afiliados tal como lo dispuso la resolución 2426 de 2017, siendo entonces acertado lo decidido por el Juez de primera instancia en cuanto a que MEDIMÁS EPS debe cubrir el pago de la licencia una vez entró a regir, esto es a partir del 1° de agosto de 2017.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 19 de agosto de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden
Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202201330-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	JUAN HUMBERTO CATAÑO LONDOÑO
DEMANDADOS Y VINCULADOS	FIDUPREVISORA S.A. SUMMEDICAL RED VITAL DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada FIDUPREVISORA S.A., contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 12 de mayo de 2022 (*Exp. Digital PDF 1.1*).

ANTECEDENTES

JUAN HUMBERTO CATAÑO LONDOÑO acude a la presente acción a efectos de que se ordene la Fiduprevisora S.A. realizar el trámite correspondiente de desafiliación ante SUMIMEDICAL RED VITAL, para que continúe su afiliación al subsistema de sanidad de la Policía Nacional.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que, desde el 7 de agosto de 2020, solicitó ante la Fiduprevisora la desafiliación y devolución de aportes; sin que a la fecha recibiera respuesta; que con el fin de evitar doble afiliación solicitó la desafiliación al sistema de seguridad social en salud del magisterio, toda vez que antes de ingresar a prestar sus servicios como docente se encontraba afiliado como cotizante obligatorio en el subsistema de salud de la Policía Nacional; por lo que debe continuar como afiliado a dicho sistema.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** contestó, proponiendo como excepción; falta de legitimación en la causa por pasiva, el cual sustentó en que no se podía condenar al Ministerio de Educación, puesto que no era la entidad facultada por Ley para prestar los servicios de salud, toda vez que dichas funciones están en cabeza de las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud y demás entidades que conformaban la organización del sistema general de seguridad social en salud.

La **DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL**, respondió que, de acuerdo con la normatividad que regula el servicio de salud ante dicha entidad, el actor debía ostentar obligatoriamente la condición de cotizante activo por ser un régimen de excepción de las fuerzas y militares de Policía.

La **FIDUPREVISORA S.A.** contestó diciendo que el señor Juan Humberto Cataño es docente activo de la secretaria de Educación de Antioquia y no puede ser retirado del sistema de seguridad social en salud del régimen exceptuado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 12 de mayo de 2022, decidió:

PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar dentro del proceso a la doctora Laura Susana Rodríguez Maza, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.026.260.465 de Bogotá y T.P. No. 210.230 del C.S. de la J como apoderada del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora Fiduprevisora S.A.

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión incoada por el señor Juan Humberto Cataño Londoño, identificado con cédula de ciudadanía

SUMARIO EXP. 110012205000202201330-01

71.722.447 de Medellín en contra de SUMIMEDICAL RED VITAL y a la FIDUPREVISORA S.A.

TERCERO: ORDENAR a SUMIMEDICAL RED VITAL retirar al usuario Juan Humberto Cataño Londoño de su base de datos identificado con cédula de ciudadanía 71.722.447, con el fin de evitar multiafiliación en regímenes exceptuados.

CUARTO: ORDENAR a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional continuar garantizando el acceso al servicio de salud de su afiliado el señor Juan Humberto Cataño Londoño, identificado con cédula de ciudadanía 71.722.447.

QUINTO: ORDENAR a la Fiduprevisora S.A. continuar realizando el descuento de los aportes en salud de la nómina del señor Juan Humberto Cataño Londoño, identificado con cédula de ciudadanía 71.722.447, sin que opere la activación del usuario, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

[...]

Como sustento a su decisión, señaló que estudiada la documentación aportada se trataba de un usuario que cumplía con los requisitos para pertenecer a alguno de los regímenes exceptuados en el sentido de que se trataba de un policía retirado quien laboraba como docente de aula mediante contrato provisional vacante definitiva desde el 4 de mayo de 2020.

Acotó que, teniendo en cuenta que el señor Cataño Londoño antes de vincularse como docente de la secretaria de educación se encontraba activo con la dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en aras de garantizar la continuidad del servicio que se le venía suministrando y con el fin de no poner en riesgo el acceso al servicio de salud con ocasión a problemas administrativos generados por la multiafiliación de regímenes, consideraba que el demandante debía continuar con la Dirección de Sanidad de la Policía, bajo el principio de libre escogencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **FIDUPREVISORA S.A.** inconforme con la decisión de primera instancia interpuso recurso de apelación el cual sustentó así:

La Ley 91 de 1989 crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta de la Nación, con el fin de administrar los recursos de seguridad social de los docentes afiliados, que incluye la prestación de los servicios de salud y el pago de sus prestaciones económicas.

También establece que el Fondo debe ser administrado por una entidad fiduciaria. La prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de la contratación con entidades de salud de acuerdo con las instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo. Este sistema tiene carácter de excepcionado del Sistema de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993.

El Régimen Especial de Salud del Magisterio en Colombia es un Plan Integral que involucra en primera instancia y como razón fundamental, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus Beneficiarios, atendiéndolos mediante un conjunto de beneficios de cobertura nacional, a través de contratistas habilitados para tal fin y seleccionados bajo el cumplimiento de altos estándares de calidad.

Adicionalmente, dentro del Párrafo 2 Artículo 14 del Decreto 1703 de 2004, estableció lo siguiente:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.”

Es más, sin ir más allá el Decreto 2553 de 2015, estableció lo siguiente:

“Artículo 17. Obligatoriedad de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia, **salvo para aquellas personas que cumplan los requisitos para pertenecer a uno de los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente.**” (Resaltado fuera de texto)

Igualmente es importante resaltar que dentro del Decreto 2553 de 2015 en su artículo 29, la persona, como en este caso el señor JUAN HUMBERTO CATANO LONDOÑO, **se encuentra como cotizante del MAGISTERIO y como retirado de la DIRECCION DE LA POLICIA.**, NO PUEDE pertenecer ni estar afiliada simultáneamente o inscrita, tal y como a la letra manifiesta:

“Artículo 29. Afiliaciones múltiples. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en contributivo y subsidiado ni estar inscrita en más de una EPS o EOC ni ostentar simultáneamente las de cotizante y beneficiario, **cotizante y afiliado adicional o beneficiario y afiliado adicional**, afiliado al régimen subsidiado y cotizante, afiliado subsidiado y beneficiario o afiliado al subsidiado y afiliado adicional. **Tampoco podrá estar afiliado simultáneamente Sistema General de Social en Salud y a un régimen exceptuado o especial.**” (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, es importante resaltar que en este caso no hay Libre escogencia como lo quiere hacer ver la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que la **diferencia entre este sistema de salud y el sistema general de salud de la Ley 100**, es que este es **un sistema solidario cerrado**, es decir que todos los recursos producto de los aportes se usan exclusivamente para beneficio de los docentes aliados al Fondo y sus beneficiarios.

Como se señaló anteriormente, el docente no puede escoger cualquier Empresa Prestadora de Salud (EPS) para recibir el servicio de salud, sino debe acudir al único prestador del servicio médico asistencial a los docentes en su región.

La contratación de los prestadores de salud la realiza la Fiduciaria La Previsora, según las orientaciones generales dadas por el Consejo Directivo del Fondo.

Por otra parte, al ser un Régimen de Excepción, los del magisterio, además de las ventajas anteriormente señaladas, el régimen de salud que cubre a los docentes del sector oficial del país, en este caso la **UNION TEMPORAL REDVITAL**, contratada para tal fin, tiene características especiales, **QUE NO LE BRINDA la DIRECCION DE LA POLICIA NACIONAL**, tales como:

- **Programas de promoción y prevención de enfermedades que afectan el buen desempeño de la labor docente en el aula, tales como: lesiones de voz, lesiones músculo esqueléticas y salud mental.**

[...]

Por tal razón, al ser un Régimen exceptuado y el señor **JUAN HUMBERTO CATAÑO LONDOÑO** es **COTIZANTE** dentro del Régimen Excepcional del Magisterio, siendo completamente diferente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y **siempre prevalece la calidad de COTIZANTE y lo que conlleva no estar dentro del Régimen del Magisterio**, donde debe permanecer dentro del Régimen de Excepción del Magisterio.

En conclusión, el señor JUAN HUMBERTO CATAÑO LONDOÑO es un docente activo y por tal razón no puede ser desvinculado del servicio médico del Magisterio, adicionalmente, se debe RESALTAR que como afiliado de otra entidad no le van a expedir incapacidades médicas, lo cual afectaría las prestaciones sociales del docente, en caso que le fuera expedida por la otra entidad, en este caso por la DIRECCION DE LA POLICIA, la SECRETARIA DE EDUCACION respectiva no la va aceptar y por estar inactivo en el servicio médico del magisterio la UNION TEMPORAL A LA QUE SE ENCUENTRA AFILIADO no la puede ni transcribir ni generar dicho documento, RECALCANDO QUE la figura de cotizante prevalece en cualquier régimen de salud.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si el señor Juan Humberto Cataño Londoño debe continuar afiliado al régimen exceptuado en salud de la Policía Nacional a fin de evitar multifiliación de regímenes exceptuados.

En tal sentido se advierte que, los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal c.), artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que Juan Humberto Cataño Londoño es policía retirado y docente de aula, mediante contrato provisional vacante definitiva, desde el 4 de mayo de 2020; y **ii)** que actualmente se encuentra activo en el sistema de seguridad social en salud exceptuado de la Policía Nacional.

i.) Regímenes exceptuados en salud

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispone que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no se aplica, entre otros, a los miembros de las Fuerzas

Militares y de la Policía Nacional, a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de dicha ley, a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas ni a los servidores públicos o pensionados de Ecopetrol.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta de la Nación, con el fin de administrar los recursos de seguridad social de los docentes afiliados, que incluye la prestación de los servicios de salud y el pago de sus prestaciones económicas. También establece que, el Fondo debe ser administrado por una entidad fiduciaria, la prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de la contratación con entidades de salud, de acuerdo con las instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo, este sistema tiene carácter de excepcionado del Sistema de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema a Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela a través de la sentencia CSJ **STP9396-2018**, señaló:

*12. El Régimen Especial de Salud del Magisterio en Colombia es un «Plan Integral», que involucra, en primera instancia y como razón fundamental, a los docentes **afiliados** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, atendiéndolos mediante un conjunto de prestaciones de cobertura nacional, a través de contratistas habilitados para tal fin y seleccionados bajo el cumplimiento de estándares de calidad.*

*13. Para esos fines, Fiduciaria La Previsora presenta, en cada región, alternativas de selección, es decir, las entidades que hayan cumplido con todos los requisitos técnicos, administrativos y financieros para garantizar la adecuada prestación de servicios. Por tanto, constituye un deber del **afiliado** seleccionar una entidad contratista e inscribirse, en el término establecido para ello. Si el afiliado no hace uso de su derecho de seleccionar entidad contratista, Fiduciaria La Previsora hará la asignación pertinente.*

14. En consecuencia, para pertenecer al Régimen Especial de Salud del Magisterio el interesado debe, además de desempeñarse como docente o ser pensionado, conforme lo ordena la Ley 91 de 1989, afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como a sus beneficiarios, lo cual no efectuó NELLY AURORA MARTÍNEZ, como se explicará más adelante.

A la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional le corresponde dirigir la operación y el funcionamiento del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, con sujeción a las directrices trazadas por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al igual que prestar los servicios de salud a los afiliados y sus beneficiarios del Subsistema de Salud, a nivel nacional, a través de sus Establecimientos de Sanidad Policial, conforme lo establecen los artículos 18 y 19 del Decreto 1795 de 2000 «Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional», como régimen expresamente excepcionado del Sistema General de Seguridad Social según lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

16. Por tanto, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se estructura mediante la Ley 352 de 1997, el Decreto 1795 de 2000 y los acuerdos del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los cuales se establecen las políticas, principios, fundamentos, planes, programas y procesos del Sistema.

17. Resulta adecuado precisar que los servicios médicos — asistenciales que se encuentran contenidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, se prestan a todos los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el cual está sujeto a la disponibilidad presupuestal de cada uno de los Subsistemas.

18. En cuanto a la prestación de los servicios de salud para los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el artículo 23 del Decreto 1795 de 20001, dispone que son, entre otros, «Los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional», tal y como sucede con la accionante NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, quien sustituyó la pensión de vejez de su ex cónyuge.

Diferencia entre la pertenencia al Sistema General de Seguridad Social en Salud y los regímenes excepcionales o especiales, en cuanto a la libre escogencia

19. La Corte Constitucional, en pronunciamiento T-296-2016, sostuvo que la libre escogencia se erige como uno de los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y un derecho del afiliado, que consiste en la posibilidad, con que cuenta éste, de elegir entre un amplio catálogo: (i) la empresa promotora de salud de su preferencia, para que le administre el servicio y de su red de servicios, y (ii) la institución que le prestara la atención correspondiente.

20. Sobre el particular, en la sentencia T-436 de 2004, dicha Corporación consideró que el derecho de libre escogencia goza de una triple connotación, pues es a la vez un principio rector y característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, un derecho para el afiliado y un deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud.

21. **En cambio, en los regímenes exceptuados o especiales al Sistema General de Seguridad Social en Salud, los afiliados no cuentan con la posibilidad de escoger la E.P.S., con la que quieren contratar la prestación del servicio, dado que ese subsistema de salud se encarga de regular todo lo necesario. Por consiguiente, la persona que cumpla con los requerimientos para pertenecer a un régimen exceptuado debe incorporarse al mismo, a fin de recibir únicamente a través de ese sistema el servicio de salud (CC T-296-2016).** (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Prohibición de afiliación simultánea en regímenes exceptuados o especiales y el Sistema General de Seguridad Social en Salud

22. El fenómeno de la multifiliación, es decir, que una persona pertenezca a dos regímenes distintos, a más de una E.P.S., ostente varias calidades o pretenda estar afiliado al mismo tiempo a un régimen de excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de antaño ha sido prohibido de forma expresa por diferentes disposiciones jurídicas que han regulado la materia. En la actualidad, los artículos 2.1.3.14² y 2.1.13.5³ del Decreto 780 de 2016.

23. **La Corte Constitucional ha manifestado que tal situación anómala está proscripta debido: (i) a la naturaleza especial y preferente de la afiliación a esos**

1 Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

2 **Artículo 2.1.3.14. Afiliaciones múltiples.** En el Sistema General de Seguridad Social en Salud ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado ni estar inscrita en más de una EPS o EOC ni ostentar simultáneamente las calidades de cotizante y beneficiario, cotizante y afiliado adicional o beneficiario y afiliado adicional, afiliado al régimen subsidiado y cotizante, afiliado al régimen subsidiado y beneficiario o afiliado al régimen subsidiado y afiliado adicional. Tampoco podrá estar afiliado simultáneamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a un régimen exceptuado o especial.

3 **Artículo 2.1.13.5. Regímenes exceptuados o especiales y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** Las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros. En consecuencia, no podrán estar afiliados' simultáneamente a un régimen exceptuado o especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.

regímenes exceptuados, comoquiera que solo aquellos que cumplan con los requisitos de cada modalidad pueden hacer parte de los mismos; (ii) a la labor que desarrolla el Estado, con el propósito de conceder mayores beneficios y mejores condiciones a las personas que se encuentran adscritas a estos; y (iii) a la finalidad de evitar un pago doble por la cobertura de los servicios y la desviación de esos recursos (CC T-296-2016). (negrilla y subrayado fuera del texto original).

24. Para justificar la aludida prohibición, la encargada de la guarda y supremacía de la norma de normas advirtió: (i) la importancia de una administración ordenada del sistema; (ii) la obligación de prestar eficientemente el servicio de salud; y (iii) la trascendencia de la debida coordinación entre las entidades encargadas de dicha prestación⁴.

25. Aquellas razones, en palabras de la aludida Colegiatura, encuentran fundamento constitucional en el artículo 49 cuyo texto dispone, de una parte, la obligación del Estado de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud conforme al principio de eficiencia y, de otra, el deber de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios que amparen su salud. Al respecto, también sostuvo que el principio de eficiencia consiste en obtener la mejor utilización de los recursos financieros disponibles, con el fin de prestar de manera adecuada los servicios de salud a toda la población del país⁵.

De la anterior cita normativa y jurisprudencial, se destaca que tanto los docentes como retirados de la Policía Nacional pertenecen al régimen exceptuado en salud, que quienes pertenecen a este régimen no cuenta con posibilidad de libre escogencia y que existe prohibición de afiliación simultánea en regímenes exceptuados.

Así las cosas, se tiene que el señor Juan Humberto Cataño Londoño se encuentra afiliado a un régimen especial de salud por ser retirado de la Policía Nacional y actualmente se encuentra vinculado como docente, por lo que pertenece también a un régimen exceptuado, lo cual permite establecer que debe continuar afiliado al régimen en el que actualmente se encuentra, pues de activarse en el régimen exceptuado como docente habría lugar a una multifiliación, situación que se encuentra prohibida como bien se explicó precedentemente.

En estos casos, es pertinente traer a colación lo dispuesto el artículo 1° del Decreto 057 de 2015, que modificó el 14 del Decreto 1703 de 2003, en el que dispuso:

ARTÍCULO 1. Modifícase el artículo 14 del Decreto número 1703 de 2002, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 14. Devolución de pagos dobles de cobertura. Las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán estar afiliados simultáneamente a un Régimen Especial o de Excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar paralelamente los servicios de salud en ambos regímenes.

⁴ CC T-296-2016.

⁵ *Ibídem*.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen especial o de excepción o su cónyuge, compañero o compañera permanente, tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el aportante deberá efectuar la respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del Régimen Especial o de Excepción y, las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos. *negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Si el Régimen Especial o de Excepción no contempla la posibilidad de afiliarse cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante deberá permanecer obligatoriamente en el Régimen Contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen especial o de excepción. Igualmente, si no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios permanecerá en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el evento en que un afiliado a alguno de los Regímenes exceptuados o especiales se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud (EPS) del régimen contributivo o del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) deberá solicitar a la respectiva EPS la restitución de los recursos que por concepto de UPC se le hubiesen reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de la multifiliación.

Si la multifiliación se presentó con el régimen de salud de las fuerzas militares, la Policía Nacional o el Magisterio, del monto a restituir las EPS podrán descontar el valor de los servicios prestados al afiliado, incluyendo la contratación de los mismos por capitación y el valor de la póliza para la atención de enfermedades de alto costo, hasta el valor del monto equivalente a las Unidades de Pago por Capitación giradas durante el periodo que duró la multifiliación. Si el valor de los servicios prestados es inferior al valor de las Unidades de Pago por Capitación giradas durante el periodo que duró la multifiliación, la EPS deberá restituir la diferencia correspondiente al Fosyga. Si el valor de los servicios supera el valor de la UPC la EPS podrá cobrar el excedente directamente al operador del régimen de excepción correspondiente. Todo lo anterior, sin perjuicio que la obligación de pago de los servicios de salud prestados por las EPS durante el tiempo de multifiliación siga a cargo de los regímenes de excepción. *(subrayado fuera del texto original).*

De conformidad con lo previsto en el artículo 1668 del Código Civil, el Fosyga se entiende subrogado en los derechos de las EPS para el cobro, frente a las entidades que operan los regímenes de excepción, por el valor de los servicios que fueron descontados del monto a restituir a dicho Fondo.

Para que el descuento del valor de los servicios prestados al afiliado sea procedente, las EPS deberán comprobar su reconocimiento y pago, así como anexar un documento en el que conste el acuerdo sobre las obligaciones de las entidades que operan los regímenes de excepción antes mencionados, suscrito por los representantes legales de la EPS y de la entidad que opera el régimen de excepción correspondiente, en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual deberá reflejarse en los estados financieros de las dos entidades.

Sí la multifiliación se presentó con los demás regímenes exceptuados o especiales, las EPS deberán solicitar al operador del régimen al que pertenezca el usuario, la restitución del valor de los servicios que le haya prestado durante el tiempo de la multifiliación, debiendo sufragarlos dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que se haya acreditado su reconocimiento y pago por parte de las EPS correspondiente, so pena de la generación de intereses moratorias de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto-ley 1281 de 2002.

PARÁGRAFO 1. *Las entidades que operen los regímenes de excepción deberán gestionar los recursos necesarios para garantizar el pago de los servicios prestados por las EPS a los afiliados a tales regímenes, producto de los estados de multifiliación.*

SUMARIO EXP. 110012205000202201330-01

PARÁGRAFO 2. El Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los términos y condiciones para que las EPS restituyan el valor de los recursos correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación (UPC) giradas durante el tiempo de multifiliación, previo el descuento de que trata el presente artículo, cuando este fuere procedente, y podrá suscribir con ellas acuerdos de pago a fin de proteger la garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud a sus afiliados”.

De manera que, al tener el actor relación con dos regímenes exceptuados, deberá prevalecer su afiliación inicial y continuar cotizando al sistema de seguridad social en salud, pero el aporte deberá efectuarse al ADRES, tal y como lo indica la norma transcrita.

Por consiguiente, si bien es acertada la afirmación de la recurrente en cuanto a que en este caso no existe libre escogencia al pertenecer a un régimen exceptuado, no le asiste razón a que deba pertenecer como afiliado al magisterio, puesto que debe predominar el régimen exceptuado la que inicialmente se encontraba afiliado y continuar realizando aportes en las condiciones señaladas en la Ley.

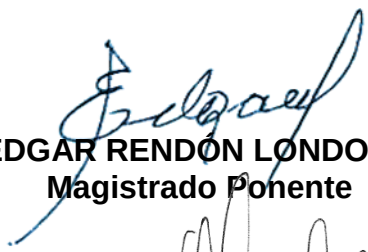
En consideración a lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

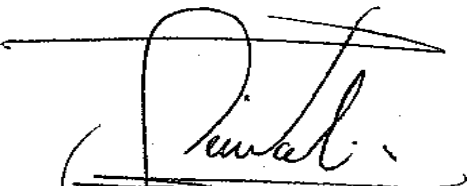
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 12 de mayo de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501120190067701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELVIRA PÉREZ GÓNGORA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Elvira Pérez Góngora** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Colfondos S.A. y, posteriormente, el traslado horizontal efectuado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a Porvenir S.A. a restituir todos los valores que hubiere recibido motivo de su afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hayan causado; que se **condene** a Colpensiones a recibirla como afiliada y a recibir los valores girados por Porvenir S.A.; que se condene a las demandas al pago de los perjuicios morales que se causaron, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3 a 25 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 19 de noviembre de 1961; que

desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliada al ISS con Colpensiones donde estuvo vinculada hasta el 03 de noviembre de 1994, fecha en la que sin que mediara consentimiento informado, se trasladó a Colfondos S.A.; que el día 15 de marzo de 2000; que así mismo, sin existir consentimiento informado, fue trasladada a Horizonte hoy Porvenir S.A., fondo en el que se encontraba afiliada a la fecha de la presentación de la demanda; que al momento de efectuar los traslados a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. no recibió de parte de estas entidades una información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre el funcionamiento de cada régimen, las particularidades de cada uno, los requisitos para obtener las prestaciones económicas y mucho menos sobre las consecuencias de efectuar el traslado.

Dijo que, a través de escritos radicados el 06 y 09 de agosto, ante Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones solicitó el traslado al RPM, entidades que contestaron de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f° 276- 294 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que la demandante nació el 19 de noviembre de 1961 y que el 06 de agosto de 2019 presentó escrito ante Colfondos S.A. solicitando el retorno al RAIS el cual fue contestado de forma negativa por esta AFP. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorios administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. No aceptó ningún hecho. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó (archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la demandante acaeció el 19 de noviembre de 1961; que estuvo afiliada al RPM desde el inicio de su vida laboral hasta el 03 de noviembre de 1994 y que el 09 de agosto de 2019 radicó ante Colpensiones solicitud encaminada a retornar al RPM, la cual fue despachada de manera negativa por esta entidad.

Como excepciones de mérito propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima medio con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2022 (archivo 12 y 13, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la ciudadana Elvira Pérez Góngora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la AFP Colfondos S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - DECLARAR que para todos los efectos legales la demandante Elvira Pérez Góngora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO. - CONDENAR a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Elvira Pérez Góngora tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos, que se hubieren causado dentro de los términos del artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración, primas previsionales por concepto de seguros, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. – DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por las tres entidades que componen la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. – CONDENAR en costas a las demandas AFP Porvenir y Colfondos únicamente, liquídense por secretaría inclúyanse en ellas la suma de dos millones de pesos mcte (\$2.000.000), a razón de un millón de pesos mcte por cada una de las condenadas en costas, valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los

argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la Ley 100 de 1993, dispuso la creación de dos regímenes pensionales, uno de ellos denominado RPM de carácter público administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y, el otro, de carácter privado conocido como RAIS administrado por entidades de carácter privado, que el artículo 13 de la citada Ley, en su literal b) establecía de manera taxativa que los afiliados debían seleccionar su régimen pensional de forma libre.

Destacó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en una jurisprudencia pacífica de más de 30 sentencias, ha indicado que la desinformación era un elemento suficiente para generar la ineficacia del acto de traslado, ya que era obligación de las AFP proporcionar al posible afiliado una información suficiente, clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representaría abandonar el RPM, pues ello le impediría conocer las reales implicaciones del acto de traslado e inducir en error al afiliado.

Indicó que, aunque no ha compartido la consideración de que el incumplimiento del deber de información generara una ineficacia, con ocasión de la orden impartida por la Corte Constitucional en la que se le conminó a aplicar la jurisprudencia que en la materia había proferido la Corte Suprema de Justicia, en este caso procedía en tal sentido y se estudiaría si las entidades demandadas cumplieron con la carga de la prueba que les correspondía. Conforme a ello, determinó que ni Colfondos S.A. ni Porvenir S.A. presentaron elementos probatorios que tuvieran la entidad suficiente para demostrar el cumplimiento del mentado deber, toda vez que lo que allegaron al expediente correspondiente a unas publicaciones de prensa y a unos formularios de afiliación resultaba insuficiente para tal efecto.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se desprendía que, aunque era una profesional del derecho, la misma no tenía conocimientos en seguridad social ni en regímenes pensionales, debido a que ha enfocado su vida profesional en materia penal y que, al momento de efectuar los traslados no le dieron una explicación detallada de las características de cada régimen, de la forma en que se financiaría su pensión, ni de los riesgos y mucho menos de las implicaciones del acto. Por lo anterior, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y tener a la demandante como afiliada al RPM, como si nunca hubiese efectuado el traslado.

Respecto a la excepción de prescripción, señaló que por tratarse de un asunto de carácter pensional, el medio exceptivo no estaba llamado a prosperar.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia argumentado que el a quo está desconociendo la prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, debido a que para la fecha en que la demandante solicitó el traslado al RPM, es decir, en agosto de 2019, ella tenía 58 años; que en este caso el traslado tenía plena validez y que no existían vicios en el consentimiento, pues no se probó que a la demandante la hubiesen constreñido o inducido en error; que el a quo no tuvo en cuenta que el deber de información no existía en el año 1994, momento en el que sólo se exigía la firma de un formulario de afiliación, por lo que estaba haciendo una aplicación retroactiva de la Ley; que con la decisión se afectaba gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional debido a que Colpensiones debería asumir las prestaciones económicas de una persona que no cotizó al RPM por más de 20 años.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, y posteriormente Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Elvira Pérez Góngora nació el 19 de noviembre de 1961 (f° 54, archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al RPM con CAJANAL desde el 01 de mayo de 1992 hasta el 30 de octubre de 1994 (f° 190 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); que mediante formulario de afiliación del 03 de noviembre de 1994, se trasladó al RAIS con Colfondos con fecha de efectividad del **01**

de diciembre de 1994 (f° 184 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); que, con posterioridad, efectuó traslados horizontales así:

- Mediante solicitud del 15 de marzo del 2000 se trasladó a la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A. con fecha de efectividad del **01 de mayo del 2000**.
- Mediante solicitud del 21 de septiembre del 2001 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. con fecha de efectividad del **01 de noviembre del 2001**.
- Mediante solicitud del 28 de junio de 2005 se trasladó a la AFP Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A. con fecha de efectividad del **01 de agosto de 2005**.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo,

experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de diciembre de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Así las cosas, frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFP suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los

fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de

*estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de CAJANAL, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los

derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); no obstante, se encuentra que ello no fue ordenado de manera integral por el a quo, por lo que deberá adicionarse la sentencia en ese sentido.

En efecto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

En igual sentido, se deberá **ORDENAR** a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en esta AFP.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de

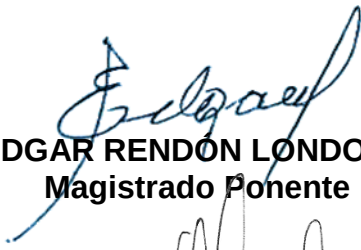
seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

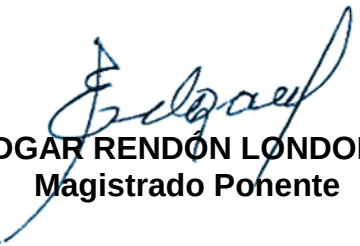

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
 Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501120200051301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALFONSO GONZÁLEZ RIVERA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Alfonso González Rivera** que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir S.A., por la omisión del deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. En consecuencia, pretende que se **condene** Porvenir S.A. a registrar la ineficacia de su afiliación y a Colpensiones a activar su vinculación; que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los gastos de administración, junto con los rendimientos causados; que se **condene** a Colpensiones a recibir los dineros; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), expuso que inició sus aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el ISS hoy Colpensiones desde el año 1979, cotizando un total de 894,57 semanas; que el 17 de septiembre de 1999, suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., entidad a la que a la fecha de la presentación de la demanda, continúa afiliado. Narró que el traslado se dio debido a que un funcionario de Porvenir S.A. acudió a su lugar de trabajo y le indicó que el ISS se liquidaría, que podría perder sus semanas de cotización y que Porvenir S.A. le aseguraría una pensión en mejores condiciones que las que tendría en el RPM. Destacó que, el asesor omitió brindarle una información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado, como tampoco le expuso las condiciones de acceso a la pensión de vejez en cada régimen y mucho menos las características de cada uno.

Adujo que, de conformidad con proyección pensional efectuada por Porvenir S.A., su mesada pensional ascendería a \$828.116, mientras que en Colpensiones tendría sería de \$2.383.757. Expuso que los días 15 de julio y 03 de julio de 2020, presentó escritos ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, en los que solicitaba que se registrara la anulación de su traslado al RAIS, se le afiliara al RPM y, puntualmente, a la primera entidad, le requirió información sobre la asesoría brindada al efectuar su traslado. Arguyó que, sobre lo anterior, ambas entidades se negaron a anular su afiliación y a afiliarla al RPM y que, Porvenir S.A. no suministró documento alguno que acreditara que había efectuado una debida asesoría.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 1 a 42 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante que desde 1972, ha realizado cotizaciones al Sistema General de Pensiones con el entonces ISS, en donde cotizó 894,57 semanas, así como que el actor presentó solicitud de anulación de afiliación al RAIS y retorno al RPM el 15 de julio de 2020, la cual había sido despachada desfavorablemente por Colpensiones. Respecto de los demás hechos manifestó no constarle los hechos.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la

nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 24 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante suscribió formulario de afiliación con esa AFP el 17 de septiembre de 1999; que continúa afiliado a esa entidad y que uno de los asesores de esta acudió al lugar del trabajo del actor; que Porvenir S.A. le efectuó una proyección pensional al demandante en la que se consignaba un valor de mesada pensional de \$828.116, que el 03 de junio de 2020, este había radicado una solicitud de anulación de afiliación al RAIS, de proyección pensional y de envío de constancias de asesoría. Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos y que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de octubre de 2022 (archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la eficacia el traslado de régimen pensional realizado por Alfonso González Rivera, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 17 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 01 de noviembre del año 1999, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por ende se tendrá como si dicho traslado nunca hubiese ocurrido

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se Condena a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras si las hubiere, primas de seguros previsionales y rendimientos financieros, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos sus intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser tratados en forma integrada con cargo a sus propios recursos, discriminando los respectivos valores, con el con el detalle pormenorizado de los ciclos, que hubiese reportado deportado y aparte pagado, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a recibir de Porvenir S.A., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la

historia laboral de Alfonso González Rivera, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y no probados los demás medios exceptivos, teniendo en cuenta los resultados del proceso.

QUINTO: Costas a cargo de Porvenir S.A. y a favor del demandante, para tal efecto se fijan agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Para **fundamentar su decisión**, indicó que tendría como supuestos fácticos que el demandante nació el 23 de febrero de 1957; que cotizó al extinto ISS hoy Colpensiones entre el 30 de octubre de 1979 y el 30 de septiembre de 1999, contando con un total de 894,57 semanas; que a través de formulario diligenciado el 17 de septiembre de 1999, el actor se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. con fecha de efectividad de 1 de noviembre del mismo año, administradora en la que para la fecha de la audiencia continuaba afiliado, contando con un total de 1.942 semanas en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Argumentó que, el traslado de régimen pensiona era un acto jurídico que requería del consentimiento exento de vicios, que el literal b) del artículo 13 de la Ley de 100 de 1993, determinó que la selección de régimen debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto. Resaltó que, sobre la materia existe una amplia jurisprudencia desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de las que destacó las sentencias CSJ SL1017-2022 y CSJ SL1497-2022, en las que tal Corporación ha considerado que las AFP eran las llamadas a garantizar que el afiliado tomara a una decisión informada verdaderamente autónoma y consiente, lo que implicaba que este hubiese podido conocer e identificar los riesgos que implicaba dicho acto y, a su vez, los beneficios que aquél le reportaría. Basado en la mentada jurisprudencia, dijo que no podía predicarse la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando un afiliado no conocía la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional. Advirtió que un engaño no solo se genera cuando se expone información errónea, sino también en los silencios que guardó el asesor de la AFP.

Determinó que, los fondos de pensiones ostentaban una responsabilidad de carácter profesional y que, en este sentido, a estas entidades les correspondía demostrar que habían cumplido con el deber de información antes aludido, de manera que debían acreditar que se les efectuó una descripción de las características de cada

régimen, en lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, de manera que se demuestre que se les permitió a los usuarios contar con los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión informada y, en consecuencia, si no se lograba probar lo anterior, se generaría la ineficacia del traslado.

Indicó que, en este caso no obraba prueba en plenario sobre el cumplimiento de los deberes previamente aludidos por parte de Porvenir S.A.; que de la simple suscripción del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, tampoco se desprendería la existencia de un consentimiento debidamente informado, por lo que debía necesariamente declararse la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir S.A. cuya fecha de efectividad data del 01 de noviembre de 1999.

Precisó que, el eventual conocimiento que tuviera el demandante por su calidad de contador, resultaba inane a efectos de demostrar que conocía el funcionamiento, características de cada régimen y mucho menos exoneraba a la AFP de su obligación de prestar la debida asesoría, lo cual, además, ha sido determinado de ese modo por la Corte Suprema de Justicia.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que el a quo omitió tener en cuenta que esta entidad no tuvo intervención alguna en el acto de traslado objeto del litigio, cual fue además confesado por el actor al rendir interrogatorio. Destacó que el demandante, estuvo afiliado a la AFP Porvenir S.A. por más de 20 años sin intentar retornar al RPM, lo que daba cuenta de su intención de pertenecer a ese régimen; que el hecho de que la Juez permitiera al actor retornar al RPM desconocía lo previsto por el legislador a efectos de la edad máxima para realizar un traslado de régimen, lo cual tenía su razón de ser en preservar la sostenibilidad del sistema y, en ese sentido, el a quo también pasó por alto los principios de

sostenibilidad financiera, eficacia y eficiencia del sistema debido a que éste no ha efectuado aportes a Colpensiones hacía más de 20 años y que, tampoco se logró demostrar que los valores que, con ocasión del fallo, debe retornar Porvenir S.A. a Colpensiones pudiesen llegar a suplir la eventual pensión de vejez del afiliado

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que, aunque no desconocía el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia para casos de ineficacias de traslados, la Juez sí omitió tener en cuenta que tal precedente no se aplicaba de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicitara, pues debía una similitud en las condiciones fácticas, cuestión que en este caso no se presentaba, como quiera que el demandante sí realizó válidamente su traslado del régimen pensional a través Porvenir S.A., en el año 1999, toda vez que éste adoptó una decisión ajustada a ley, de manera libre y voluntaria. Cuestionó además que, no se tuvo en cuenta que, para la fecha en que se efectuó el traslado, el cumplimiento del deber de información se agotaba con el diligenciamiento del formulario de afiliación, por ser lo único que exigía la Ley, por lo que estaba omitiendo el principio de irretroactividad de la Ley y la seguridad jurídica.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó también que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos y, de ser así, se produciría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Precisó que de llegarse a mantener la decisión de declarar ineficaz el traslado, el Tribunal debía ordenar la compensación económica a favor de Porvenir S.A, entre los rendimientos generados y los gastos de administración, indicando además que tampoco era dable ordenar la indexación de las sumas, pues los rendimientos entregados superaban la depreciación del dinero en el tiempo. Finalmente, arguyó que las primas de los seguros previsionales no podían ser devueltas debido a que las coberturas de las pólizas fueron debidamente otorgadas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Alfonso González Rivera nació el 23 de febrero de 1957 (f°16 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 30 de octubre de 1979, hasta el 30 de septiembre de 1999, cotizando 894,57 semanas (f°65 archivo 09 – carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iii)** que el 17 de septiembre de 1999, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de noviembre de 1999** (f°27 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

*para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «**PARAGRAFO.** Los informes sobre modalidades de pensión

que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de noviembre de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara,

comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este punto y como se puede dilucidar de lo dicho hasta el momento, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses»*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en

consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel la decisión se confirmará en su integridad.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco está llamado a prosperar el reparo que en ese sentido hizo Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A. por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

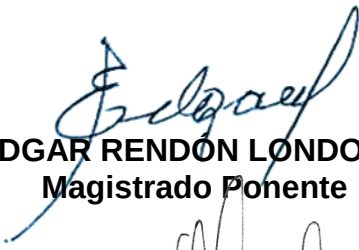
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el 21 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020200028801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	STELLA ALDANA ALONSO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Stella Aldana Alonso** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia de las afiliaciones y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. y a Old Mutual Skandia S.A.; que se declare que siempre ha permanecido afiliada al RPM, sin solución de continuidad. Como consecuencia de ello, solicita que se **ordene** a las AFPs Porvenir S.A. y Old Mutual Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración y a su vez, ordenar a esta última entidad a recibir tales sumas; que se condene a Porvenir S.A. y a Old Mutual Skandia S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°1- 19 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació 16 de julio de 1963; que desde el año 1991, se afilió al ISS hoy Colpensiones; que el 17 de noviembre de 1998, por no recibir una información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., trasladándose al RAIS; que el 26 de agosto de 2015, por los mismos móviles equivocados se trasladó a Old Mutual Skandia S.A., pues por falta de información creyó que el RAIS le resultaba más beneficioso; que ninguna de las AFPs le explicaron sobre las características del RAIS, las modalidades de pensión, el funcionamiento de los fondos privados, ni le advirtieron sobre los riesgos de trasladarse como tampoco de la posibilidad de que su mesada pensional fuera inferior, por lo que era claro que su consentimiento estuvo viciado a la hora de trasladarse a las AFPs.

Expuso que, Porvenir S.A. le realizó una proyección pensional que indicaba que su mesada pensional a los 60 años sería de \$990.300 si continuaba cotizando, mientras que en Colpensiones ascendería a \$4.249.224; que el día 28 de noviembre de 2019, presentó ante Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual Skandia S.A. solicitud de ineficacia de su afiliación al RAIS y retorno al RPM, las cuales fueron contestadas por cada entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°25-68 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 16 de julio de 1963, que se afilió al RPM con Colpensiones desde el año 1991 y que el 28 de noviembre de 2019 ella presentó solicitud de nulidad de traslado al RAIS y retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.°3 a 43 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 16 de julio de 1963; que se afilió al RPM con Colpensiones desde el año 1991; que el 28 de noviembre de 2019, ella había presentado solicitud de nulidad de

traslado al RAIS y retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de obligación, compensación y genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f° 3 a 27 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació 16 de julio de 1963; que el 26 de agosto de 2015, suscribió formulario de solicitud de vinculación a Skandia S.A. afiliación que se hizo efectiva el 01 de octubre de 2015, y estuvo vigente hasta el 28 de febrero de 2018; que el 28 de noviembre de 2019, la actora radicó derecho de petición ante Skandia S.A. y que se dio respuesta negando la solicitud de traslado al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

De otra parte, se observa que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.° 63 a 66, archivo 09 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2015 a 2018. Dicho llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen por medio de auto del 01 de octubre de 2021 (archivo 12 carpeta 1 exp. digital). Posteriormente, en auto del 29 de agosto de 2022, el A quo tuvo por no contestada a la demanda y el llamamiento en garantía por parte la nombrada aseguradora.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de octubre de 2022 (archivo 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado

por la señora STELLA ALDANA ALONSO a la AFP PORVENIR el 17 DE NOVIEMBRE DE 1998. y los posteriores traslados horizontales a OLMUTUAL hoy SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante STELLA ALDANA ALONSO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. como actual fondo pensional de la actora, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones obligatorias de la afiliada STELLA ALDANA ALONSO junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: En caso de existir aportes en la SKANDIA SA a favor de STELLA ALDANA ALONSO deberán ser trasladados a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a las AFPS PORVENIR S.A Y SKANDIA SA en costas. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

OCTAVO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, como quiera que la demandante solicitó la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado al RAIS, era importante, de entrada, precisar que el ordenamiento jurídico ha determinado que la sanción derivada del incumplimiento al deber de información era la ineficacia, de modo que, el caso que nos ocupa debía analizarse bajo ese régimen y no a la luz de las nulidades, anulaciones o inexistencia. Lo anterior, debido a que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagró que cualquier atentado contra el derecho a la selección libre generaba la ineficacia del acto de afiliación, lo que se ocurría no sólo cuando mediaba constreñimiento en la afiliación, sino también cuando no se le suministra al trabajador una información completa, comprensible y veraz. Resaltó que cuando se efectúa un cambio de régimen, se generaba una asimetría de la información, debido a que una de las partes, la AFP, poseía toda la información sobre la celebración del acto o negocio jurídico y la otra, sólo conocía sus consecuencias con el transcurrir del tiempo.

Destacó que, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha determinado que la afiliación era ineficaz cuando existía una insuficiencia en la información, debido a que ello afectaba el derecho pensional del afiliado. Destacó que la Corte también ha indicado que el cumplimiento de la debida asesoría se satisfacía con la simple firma del formulario de vinculación, sino que se requería de una prueba que diera

cuenta de que se había entregado una información completa, veraz, comprensible, resaltando las ventajas y desventajas de cada régimen, prueba que conforme al artículo 1604 del Código Civil y al 167 del Código General del Proceso, tenía que ser aportada por las AFP, que, para este caso, respecto del traslado primigenio, estaba a cargo de Porvenir S.A.

Advirtió que, de las pruebas obrantes en el expediente no era posible tener conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el traslado y de si las AFPS habían suministrado una información debida, pues el material probatorio allegado por estas resultaba insuficiente. Determinó entonces que no se cumplía con la carga por parte de las AFP, razón por la cual debía declararse la ineficacia del traslado efectuado el 17 de noviembre de 1998, y de los traslados horizontales, de manera que la aseguradora de los riesgos de invalidez, vejez o muerte era de la demandante era Colpensiones.

Frente a la pretensión de perjuicios morales incluida por la demandante, indicó que era improcedente debido a que no obraba prueba alguna de ello, máxime teniendo en cuenta que la actora ni siquiera explicó su petición.

Respecto de los gastos de administración, dijo que no era viable ordenar su devolución como quiera que correspondían a rubros que se causaban a favor de todas las administradoras, incluso a favor de la pública Colpensiones, que se generaban a lo largo del tiempo y que incluían el pago de los seguros previsionales, coberturas que en su momento fueron otorgadas, por lo que no sería procedente ordenar su reembolso; que no había lugar a condenar a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., porque, conforme se había explicado, los gastos de administración no debían ser reembolsados y en todo caso, la cobertura de los seguros ya se había causado.

Respecto de la prescripción, sostuvo que no se declararía probada, lo que se debatía en este proceso tiene relación de causalidad directa con un derecho pensional, lo que tenía el carácter de imprescriptible e irrenunciable, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE** interpuso recurso parcial contra la sentencia de primera instancia solo respecto de la no devolución de gastos de administración.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia en su integridad, argumentado que el despacho desconoció la prohibición legal prevista por el

legislador, en virtud de la cual no era procedente efectuar un traslado de régimen cuando el afiliado estuviera a menos de 10 años de la edad de pensionarse; que tampoco se tuvo en cuenta que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos legales, por lo que no existía ineficacia alguna; que Colpensiones no debía ser condenada en costas, pues por ley solo estaba autorizada para efectuar pagos relacionadas con prestaciones del sistema de seguridad social y que era un tercero de buena fe, que incluso había resultado afectado gravosamente, por recibir a una persona que hacía más de 20 años no aportaba a RPM.

De otra parte, manifestó que en el evento de mantenerse la ineficacia en firme, debería ordenarse el reembolso de los gastos de administración, pues fue un rubro que jamás debió descontarse de la cuenta de la actora.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación parcial presentado por la demandante y el presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado efectuado con posterioridad a Porvenir S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Stella Aldana Alonso** nació el día 16 de julio de 1963 (f° 27, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 19 de febrero de 1991, hasta 30 de abril de 1998, cotizando un total de 321,00 semanas (archivo 1GRP-SCH-HL de la carpeta exp. admin. - 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 17 de julio de 1998 solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de enero de 1999** (f° 85 archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y efectuó traslados horizontales entre AFPs, así:

- Mediante solicitud del 26 de agosto de 2015, se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad del **01 de octubre de 2015**.
- Mediante solicitud del 16 de febrero de 2018, se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad del **01 de marzo de 2018**.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y

oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se

concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de enero de 1999**-, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar

al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP que permitan acreditar que, en efecto la gestora del traslado de régimen, esto es, Porvenir haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean al RAIS, tampoco puede perderse de vista que la actora manifestó no tener ningún conocimiento sobre las desventajas o riesgos de efectuar el traslado, como tampoco acerca de las características del RPM al que pertenecía en ese momento.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores de la afiliada, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). No obstante, advierte la Sala que, **conforme lo expusieron la demandante y Colpensiones en los recursos de apelación formulados**, en este caso el Juez de primera instancia no ordenó la restitución de los gastos de administración, de las deducciones por primas de seguro previsionales ni del porcentaje de pensión de garantía mínima, motivo por el cual, resulta procedente adicionar la sentencia en ese sentido. Se precisa que no se considera necesario revocarla, como quiera que en la parte resolutive no se hizo una negación expresa respecto del reembolso de tales emolumentos.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Conforme a ello, se deberá ordenar a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que, en este caso, además de Porvenir S.A. y Skandia S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna

de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

En cuanto a las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

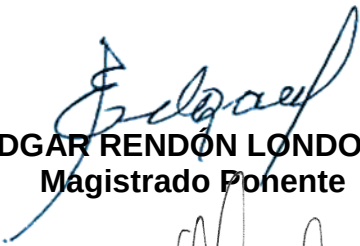
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502120190083701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JULIÁN ALBERTO OVALLE JIMÉNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Julián Alberto Ovalle Jiménez** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia de las afiliaciones y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. y a Skandia S.A., por el incumplimiento del deber de información; que se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones y que tiene reconocimiento a la pensión de vejez a partir del día siguiente de su último aporte. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a registrar en sus sistemas que su traslado al RAIS estuvo viciado de nulidad por error de hecho; que se condene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos; que se condene a Colpensiones a reconocer el pago de la pensión de vejez, una se cumplan los requisitos.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°118- 149 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació 17 de junio de 1960; que empezó a cotizar en el ISS hoy Colpensiones el 10 de septiembre de 1987; que el 19 de abril de 1996, la AFP Porvenir S.A. lo persuadió para que se vinculara al RIAS, sin informarle sobre las consecuencias, ventajas o desventajas de tal acto, sin que se le elaborara una proyección pensional ni se le advirtiera que su mesada base de cotización podría ser inferior de permanecer en el RPM.

Adujo que, posteriormente se afilió a la AFP Horizonte – hoy Porvenir el 27 de mayo de 2009; que se trasladó a Skandia el 24 de marzo de 2011, con fecha de efectividad del 01 de mayo del mismo año; que cuenta con 1.569 semanas cotizadas en el Sistema General de Seguridad Social; que solo le restan dos años para acceder a la pensión de vejez. Finalmente, indicó que los días 19 de septiembre y 18 de octubre de 2019, presentó escritos ante Porvenir, Colpensiones y Skandia respectivamente solicitando la nulidad de su afiliación a RAIS por vicios en el consentimiento y su retorno al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3-75 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació 17 de junio de 1960; que se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 10 de septiembre de 1987; que el 08 de octubre de 2019, presentó solicitud de nulidad de traslado al RAIS y retorno al RPM. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.°3 a 31 archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como

excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de obligación, compensación y genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f° 3 a 17 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante el 24 de marzo de 2011, suscribió formulario de afiliación de Skandia como trasladado de Horizonte, acto que se hizo efectivo el 01 de mayo de 2011, el cual se encontraba vigente para la presentación de la demanda; el 19 de septiembre de 2019, el actor radicó solicitud nulidad de afiliación al RAIS y traslado el RPM.

Como excepciones de mérito propuso las de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

Adicionalmente, se observa que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.° 65 a 72, archivo 13 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2011 a 2018.

El mentado llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen por medio de auto del 01 de octubre de 2021 (archivo 16 carpeta 1 exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que, se oponía a las pretensiones de esta y no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones de frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente

devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2022 (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JULIÁN ALBERTO OVALLE JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual el 19 de abril de 1996, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio del mismo año por intermedio de PORVENIR S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA S.A.; y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JULIAN ALBERTO OVALLE JIMÉNEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor JULIAN ALBERTO OVALLE JIMÉNEZ por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR PROBADAS la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía y DECLARAR como no probadas las demás excepciones propuestas por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas en la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a las pretensiones del llamamiento.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.

Para **fundamentar su decisión**, determinó que dentro del proceso se encontraba demostrado que el demandante estuvo afiliado al ISS desde el 10 de septiembre de 1987, al 30 de abril de 1986, cotizando un total de 424,57 semanas; que a través de formulario de afiliación del 19 de abril de 1996 se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad del 01 de junio de 1996; que posteriormente, efectuó un traslado horizontal a la AFP Horizonte, a través de la suscripción de formulario de afiliación del 27 de mayo de 2009, con efectividad del 01 de julio de 2009; que efectuó otro traslado horizontal a la AFP Skandia a través de formulario de afiliación del 24 de marzo de 2011, con efectividad del 01 de mayo de 2001,

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, recogida en sentencias recientes CSJ-SL4062 de 2021 y SL 1500 de 2022, en armonía del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debe ser libre y voluntaria, lo que presupone que el afiliado debe contar con un conocimiento de las implicaciones del traslado, es decir, debe contar con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole.

Destacó que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS, que solo de esta manera se puede tener un consentimiento informado por parte del afiliado. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso que, para requilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Indicó que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto era que con este no se acredita el deber de brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. Advirtió que no se puede entender satisfecho el deber de información con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Advirtió que, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se puede entrever que aunque a éste le fue informado que en el RIAS recibiría una rentabilidad, lo cierto era que no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos

de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **1996**, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Con base en lo expuesto, sostuvo que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación del demandante del año 1996, situación que no se convalidaba con los traslados posteriores efectuados por el actor, pues no corresponden a actos de relacionamiento, conforme lo ha precisado en este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Con relación al llamamiento en garantía que efectuó Skandia a Mapfre Colombia Vida S.A., precisó que el objeto de las Pólizas con base en las cuales se vinculó a la aseguradora era cubrir las sumas adicionales correspondientes a las pensiones de vejez y muerte, para garantizar las mentadas prestaciones económicas, cuestiones estas que no guardan relación alguna con el objeto del debate en este litigio; que Mapfre era un tercero que no había intervenido en el acto de afiliación, por lo que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia era clara en indicar que la devolución de las primas era una de las consecuencias de la ineficacia generada por la AFP, por lo que debía efectuarse con cargo a los recursos de esa entidad.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, solicitando que se revocara el numeral tercero de la decisión. Para tal efecto, argumentó que no era procedente que el a quo ordenara la devolución de los gastos de administración, como quiera que la Ley 100 de 1993, autorizaba de manera taxativa a las AFP para efectuar tales descuentos que no hacían parte de la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que tampoco era viable ordenar la indexación de tales

conceptos debido a que los rendimientos que se obtuvieron por el actor durante su afiliación eran superiores a la devaluación en el tiempo.

SKANDIA presento recurso de apelación parcial respecto de la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y demás conceptos, toda vez que la Ley de manera clara establece que los gastos de administración corresponden a una contraprestación por la debida gestión de la administradora y que, los mismos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que no es dable ordenar su reembolso cuando se efectúa el traslado de régimen.

Indicó que, en el evento de mantenerse de orden de volver las primas de seguro previsionales, las mismas debían ser reembolsadas por Mapfre, como quiera que en ese evento se perdería el interés asegurable, de manera que, por disposición legal, esa aseguradora tendría que devolver tales rubros.

COLPENSIONES solicitó que se revocara integralmente la sentencia, argumentando que la Juez pasó por alto la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que de manera clara prevé que cuando falten 10 años menos para que el afiliado cumpla la edad para pensionarse, este no puede efectuar un cambio de régimen; que en el expediente no obra prueba de un vicio en el consentimiento; que la nulidad no se alegó dentro del término de 4 años, conforme lo establece el Código Civil; que en este caso había existido un saneamiento de la nulidad o ineficacia, por la permanencia de más de 20 años en el RAIS y el haber efectuado traslados horizontales. Finalmente, indicó que el a quo no tuvo en cuenta que al permitir el retorno del demandante al RPM se estaría atentando contra el principio de sostenibilidad fiscal en perjuicio de los demás afiliados, como quiera que el demandante no ha efectuado aportes a este régimen por más de 20 años y ahora Colpensiones tendría que reconocer una eventual pensión si hay lugar a ello.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación parcial presentado por Skandia y Porvenir y el presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado efectuado con posterioridad a Skandia S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **JULIÁN ALBERTO OALLE JIMÉNEZ** nació el día 17 de junio de 1960 (f° 35, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 10 de septiembre de 1987, al 30 de abril de 1996, un total de 424,57 semanas (archivo 1GRP-SCH-HL de la carpeta exp. admin. - 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 19 de abril de 1996, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de junio de 1996** (f° 78-81 archivo 14, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y efectuó traslados horizontales entre AFPs, así:

- Mediante solicitud del 27 de mayo de 2009, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir, con fecha de efectividad del **01 de julio de 2009**.
- Mediante solicitud del 24 de marzo de 2011, se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad del **01 de mayo de 2011**.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

*para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de junio de 1996**-, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos

personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en

eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negritas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), tal y como fue ordenado por la Juez de primer grado, por lo que confirmará en su integridad la sentencia.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por ésta, con cargo a la Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, puesto que en criterio de esta Sala, tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la

aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es, frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda al fondo de pensiones Skandia.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir, como quiera que solo uno de los cuestionamientos de su recurso prosperó.

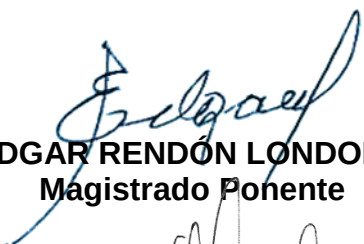
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

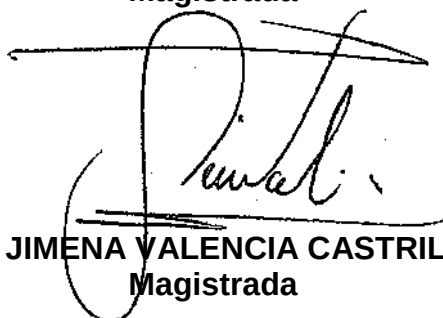
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502120210018801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA CRISTINA TORRES PALACIOS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **ANA CRISTINA TORRES PALACIOS** pretende que se **declare** la ineficacia de las afiliaciones y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. y a Skandia S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y que a su vez a Colpensiones a recibir tales dineros; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°3-25 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació 20 de febrero de 1964; que empezó a cotizar en el ISS hoy Colpensiones en julio de 1982 hasta octubre de 1994, donde

cotizó 660 semanas; que en esa fecha un asesor de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. le ofreció la posibilidad de vincularse al RAIS, con argumentos como que el ISS desaparecería; que en el RAIS podría disponer de su ahorro y, en general, sin entregar la información necesaria para conocer las ventajas, desventajas de ambos regímenes, las consecuencias de realizar un traslado, los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas en el RAIS ni las proyecciones pensionales, por lo que con base en esa información incompleta, diligenció el formulario de afiliación para trasladarse a Porvenir S.A.

Destacó que, a la fecha de la presentación de la demanda estaba afiliada a la AFP Skandia; que cuenta con un total de 2.027 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social; que de acuerdo con la proyección pensional efectuada por esa AFP su mesada pensional ascendería a \$3.039.000, mientras que en el RPM sería de \$4.039.000; que el día 02 de marzo de 2021, presentó ante Porvenir S.A. solicitud encaminada a la que se le suministraran los documentos en los que se constara la asesoría que se le dio el día del traslado; que esta entidad contestó que la información se había entregado verbalmente; que el día 05 de marzo de 2021 presentó ante Colpensiones solicitud encaminada a que se le trasladara nuevamente al RP; la cual fue despachada desfavorablemente por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3-75 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 20 de febrero de 1964; aclaró que, se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 04 de marzo de 1982, hasta octubre de 1994, y que el 05 de marzo de 2021, presentó ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado al RAIS y retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 3 a 31 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 20 de febrero de 1964; que el día 02 de marzo de 2021, presentó ante Porvenir S.A. solicitud encaminada a la que se le suministraran los documentos en los que se constara la asesoría que se le dio el día del traslado y que esta entidad contestó que la información se había entregado verbalmente. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (fº 3 a 18 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante el 23 de julio de 2002, suscribió formulario de afiliación de Skandia, acto que se hizo efectivo el 01 de septiembre de 2002; que cuenta con 2.044 semanas cotizadas en el sistema general de seguridad social en pensiones al 22 de abril de 2021. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

Adicionalmente, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 78 a 85, archivo 13 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2007 a 2018.

El mentado llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen por medio de auto del 09 de mayo de 2022 (archivo 10 carpeta 1 exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante S Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de octubre de 2022 (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ANA CRISTINA TORRES PALACIOS al régimen de ahorro individual el 31 de octubre de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre de 1994 por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA CRISTINA TORRES PALACIOS. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora ANA CRISTINA TORRES PALACIOS por concepto de garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía y DECLARAR como no probadas las demás excepciones propuestas por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A, COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de SKANDIA S.A y COLPENSIONES.

OCTAVO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.

Para **fundamentar su decisión**, determinó que dentro del proceso se encontraba demostrado que la demandante estuvo afiliada al ISS desde 07 de marzo de 1982, hasta el 31 de octubre de 1994, cotizando un total de 660,29 semanas; que se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A. a través de la suscripción de formulario afiliación del 31 de octubre de 1994, con fecha de efectividad del 01 de noviembre de 1994; que efectuó un traslado horizontal a Skandia S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 23 de julio de 2002 con efectividad del 01 de septiembre de 2003.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, recogida en sentencias recientes CSJ-SL4062-2021 y SL1500-2022, en armonía del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debe ser libre y voluntaria, lo que presupone que el afiliado debe contar con un conocimiento de las implicaciones del traslado, es decir, debe contar con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole.

Destacó que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que para ello es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS, que solo de esta manera se puede tener un consentimiento informado por parte del afiliado. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades; que por ello para equilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Indicó que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto era que con este no se acredita el deber de brindar una

información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. Advirtió que no se puede entender satisfecho el deber de información con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se puede entrever que aunque a ésta se le habló de que en el RIAS obtendrían rendimientos y que podría pensionarse de manera anticipada, lo cierto era que no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Manifestó que, con las pruebas obrantes en el expediente no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **1994**, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Con base en lo expuesto, el A quo determinó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante del año 1994, situación que no se convalidaba con los traslados posteriores efectuados por la actora, pues no corresponden a actos de relacionamiento, conforme lo ha precisado en este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Con relación al llamamiento en garantía que efectuó Skandia a Mapfre Colombia Vida S.A., precisó que el objeto de las Pólizas con base en las cuales se vinculó a la aseguradora era cubrir las sumas adicionales correspondientes a las pensiones de vejez y muerte, para garantizar las mentadas prestaciones económicas, cuestiones estas que no guardan relación alguna con el objeto del debate en este litigio; que Mapfre era un tercero que no había intervenido en el acto de afiliación, por lo que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia era clara en indicar que la devolución de las primas era una de las consecuencias de la ineficacia generada por la AFP, por lo que debía efectuarse con cargo a los recursos de esa entidad.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter

irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión en su integridad, argumentado que, si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información, la Corte había aclarado que la aplicación de esa línea debía atender a las condiciones de cada caso; que en el caso bajo análisis no era posible aplicarla debido a que la demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, con sustento en las cargas impuestas a las AFP para el año 1994. Indicó que, el Jueza está desconociendo el principio de irretroactividad de la Ley y pasó por alto que la demandante, en su condición de consumidora financiera, debió actuar con diligencia e informarse sobre las implicaciones del traslado, máxime cuando todas las características de los regímenes pensionales estaban reguladas por Leyes de acceso público. A su vez, argumentó que se debía tener en cuenta que la demandante tuvo una vinculación con la entidad por espacio de 20 años, sin que hubiese presentado reclamación alguna o haya manifestado su intención de retornar al RPM. Adujo que la confesó que conocía de las características del RAIS al rendir su interrogatorio; que en este asunto se evidenciaban actos de relacionamiento que daban cuenta que ella ratificó su deseo de pertenecer al RAIS.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores; que al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos y, de ser así se produciría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Precisó que, de llegarse a mantener la decisión de declarar ineficaz el traslado, el Tribunal debía ordenar las restituciones mutuas por concepto de la compensación económica a favor de Porvenir S.A, entre los rendimientos generados y los gastos de administración, indicando además que tampoco era dable ordenar la indexación de las sumas, pues los rendimientos entregados superaban la depreciación del dinero en el tiempo. Finalmente, arguyó que las primas de los seguros previsionales

no podían ser devueltas debido a que las coberturas de las pólizas fueron debidamente otorgadas.

SKANDIA presento recurso de apelación parcial respecto de la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y demás conceptos, toda vez que la Ley de manera clara establece que los gastos de administración corresponden a una contraprestación por la debida gestión de la administradora, que fue adelantada de manera adecuada por la AFP y muestra de ello fueron los rendimientos obtenidos, además, resulta improcedente la devolución debido a que los mismos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que no es dable ordenar su reembolso cuando se efectúa el traslado de régimen.

Adujo que, no era procedente ordenar el reembolso de las primas de seguros previsionales, debido a que el objeto del contrato de aseguramiento por el que se pagan las primas se ha cumplido y, todo caso, la Ley no prevé que la posibilidad de reembolsar estos dineros cuando se efectúa un traslado de régimen; que, en el evento de mantenerse de orden de volver las primas de seguro previsionales, las mismas debían ser reembolsadas por Mapfre, en razón a que Skandia no administra estos recursos y en ese evento se perdería el interés asegurable, de manera que por disposición legal, esa aseguradora tendría que devolver tales rubros.

COLPENSIONES solicitó que se revocara integralmente la sentencia, argumentando que la Juez pasó por alto que en este caso que en el expediente no obra prueba de un vicio en el consentimiento; que en este caso, para la fecha del traslado solo era exigible la firma del formulario de afiliación, por lo que el a quo está haciendo una aplicación retroactiva de la Ley; que había existido un saneamiento de la nulidad o ineficacia, por la permanencia de más de 20 años en el RAIS y el haber efectuado traslados horizontales. Afirmó que, el a quo no tuvo en cuenta que al permitir el retorno de la demandante al RPM se estaría atentando contra el principio de sostenibilidad fiscal en perjuicio de los demás afiliados, como quiera que la actora no ha efectuado aportes a este régimen por más de 20 años y ahora Colpensiones tendría que reconocer una eventual pensión si hay lugar a ello. Finalmente, solicitó que se revocara la condena por costas y agencias en derecho debido a que Colpensiones no había tenido intervención en el acto que se declaró ineficaz.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación parcial presentado por Skandia y los recursos formulados por Porvenir y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado efectuado con posterioridad a Skandia S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **ANA CRISTINA TORRES PALACIOS** nació el día 20 de febrero de 1964 (fº 25, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 07 de marzo de 1982, hasta el 31 de octubre de 1994, un total de 660,29 semanas (fº 42, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 31 de octubre de 1994 solicitó ante Horizonte – hoy Porvenir S.A. el trasladó al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 1994** (fº 54 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iv)* que el 23 de julio de 2002, solicitó ante Skandia el trasladó horizontal, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de septiembre de 2002** (fº 59 archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o

dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el

Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de noviembre de 1994–**, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente a los reparos formulados por Colpensiones y Porvenir según los cuales para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no están llamados a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas*

existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otra parte, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGOP que permita acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean el sistema pensional en Colombia, no se encuentra que se le hubiese advertido sobre las implicaciones del acto de traslado, sobre sus riesgos y mucho menos acerca de las desventajas de pertenecer al RAIS, entre ellas, la advertencia de que sus rendimientos están sometidos al comportamiento del mercado, por lo que es claro que la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente. En este sentido, no es recibo el reparo que sobre el particular formuló Porvenir.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a

ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al

*RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), tal y como fue ordenado por la Juez de primer grado, por lo que confirmará en su integridad la sentencia.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de

ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, de modo que se despacharán desfavorablemente los reparos que al respecto formularon Porvenir y Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por ésta, con cargo a la Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de esta Sala tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A. y Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

En cuanto a las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir, por cuanto los recursos formulados por ellas no prosperaron.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

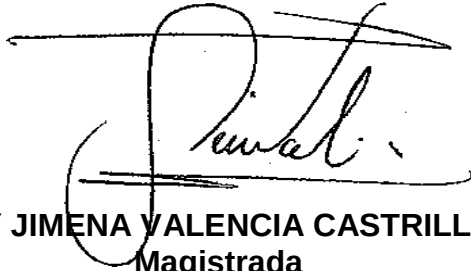
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502120210048401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RAÚL ARMANDO PÉREZ BONILLA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Raúl Armando Pérez Bonilla** pretende que se **declare** la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., por el incumplimiento del deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos; que se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrarlo como afiliado, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°03- 11 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació 19 de febrero de 1958; que estuvo afiliado al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 14 de septiembre de 1981, hasta el 30 de junio de 1999; que el 01 de julio de 1999, fue afiliado a Porvenir S.A.; que al

momento de efectuar el traslado, Porvenir S.A. nunca le informó sobre las consecuencias, ventajas o desventajas de tal acto, ni le indicó que de cambiarse de régimen su mesada podría ser significativamente menor a la que obtendría de permanecer en el RPM; que el día 19 de febrero de 2020, solicitó a Colpensiones el traslado al RPM, sin obtener respuesta positiva; que el mismo 19 de febrero de 2020, requirió de Porvenir S.A. los documentos donde se registrara el cumplimiento del deber de información el día de su traslado, sin que esta entidad remitiera documento alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3-39 archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació 19 de febrero de 1958, que se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 14 de septiembre de 1981, hasta el 30 de junio de 1999; que el 19 de febrero de 2010, presentó solicitud de retorno al RPM la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º3 a 26 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació 19 de febrero de 1958; que suscribió formulario de afiliación el 19 de mayo de 1999 para vincularse a Porvenir S.A., que el día 19 de febrero de 2020, solicitó constancia de la información entregada al momento de su traslado y que Porvenir S.A. contestó que se encontraba recaudando la información. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022 (archivo 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor RAUL ARMANDO PÉREZ BONILLA al régimen de ahorro individual el 19 de mayo de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1° de julio del mismo año por intermedio de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor RAUL ARMANDO PÉREZ BONILLA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

Para **fundamentar su decisión**, determinó como premisas fácticas que, el demandante estuvo afiliado al ISS desde 14 de septiembre de 1981, al 31 de mayo de 1999, cotizando un total de 882,29 semanas; que posteriormente a través del diligenciamiento del formulario de afiliación del 19 de mayo de 1999, se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad del 01 de julio de 1999.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, recogida en sentencias recientes CSJ-SL4062 de 2021 y SL 1500 de 2022, en armonía del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debe ser libre y voluntaria, lo que presupone que el afiliado debe contar con un conocimiento de las implicaciones del traslado, es decir, debe contar con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole.

Destacó que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS; que solo de esta manera se puede tener un consentimiento informado por parte del afiliado. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso que, por ello, para equilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Indicó que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto era que con este no se acredita el deber de brindar una

información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. Advirtió que, no se puede entender satisfecho el deber de información con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Frente al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, expresó que de este se puede entrever que aunque a éste le fue informado que en el RIAS recibiría una rentabilidad y que conocía algunas de sus características, lo cierto era que no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **1999**, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Con base en lo expuesto, dijo que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación del demandante del año 1999.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, solicitando que se revoque en su integridad. Para tal efecto, adujo que el Despacho desconoció que en este caso Porvenir S.A. probó, a través de la confesión del actor, que efectivamente había cumplido con el deber de información que le era

exigible para la fecha del traslado, pues era claro que el demandante conocía las características generales y funcionamiento de ambos regímenes; que el a quo aplicó la normatividad del deber de información expedida en 2014, para el traslado que en este caso ocurrió en **1999**, por lo que le exigió a Porvenir una conducta que la Ley no preveía para la fecha del acto; que no se tuvo en cuenta que el deber de información, de conformidad con el estatuto del consumidor financiero no era exigible únicamente para la administradora, sino también para el usuario, el cual tenía la obligación de conocer los productos que adquiriría.

Respecto de la devolución de gastos de administración indicó que la Juez desconoció que tales rubros no pertenecían a la cuenta de ahorro individual del actor y que correspondían a una deducción que por Ley debía efectuarse como contraprestación de las labores desarrolladas por la administradora tendientes a aumentar los rendimientos de la cuanta del demandante; que de efectuarse la devolución Colpensiones tendría un enriquecimiento sin justa causa debido a que recibiría un valor significativamente mayor al que hubiese tenido de haber permanecido el demandante en el RPM; que tampoco era procedente ordenar la indexación, debido a que los rendimientos obtenidos superaban la disminución del valor del dinero en el tiempo. Respecto de las primas de seguros previsionales cuestionó la orden de reembolso, argumentando que las coberturas fueron otorgadas por las aseguradoras y que éstas actuaron de buena fe.

COLPENSIONES solicitó que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto cuestionó que el a quo no tuvo en cuenta que al permitir el retorno del demandante al RPM se estaría atentando contra el principio de sostenibilidad fiscal en perjuicio de los demás afiliados, como quiera que éste no había efectuado aportes al mentado régimen por más de 20 años y ahora Colpensiones tendría que reconocer una eventual pensión si hay lugar a ello; que la Juez hizo una aplicación retroactiva de la Ley, pues le estaba exigiendo a Porvenir acreditar el cumplimiento de un deber de información que para el año 1999, no era exigible en la forma indicada por el Despacho; que en el expediente no obra prueba de un vicio en el consentimiento; que en este caso había existido un saneamiento de la nulidad o ineficacia, por la permanencia de más de 20 años en el RAIS y el haber efectuado traslados horizontales. Finalmente, indicó que no se debía condenar en costas a Colpensiones como quiera que ella no tuvo intervención en el acto de traslado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **RAUL ARMANDO PÉREZ BONILLA** nació el día 19 de febrero de 1958 (f° 61, archivo 15 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 14 de septiembre de 1951 al 31 de mayo de 1999, un total de 882,29 semanas (f° 61, archivo 15 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que 19 de mayo de 1999, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 1999** (f° 28 archivo 11, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita,*

a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de julio de 1999**-, la obligación de la AFP Porvenir S.A.

se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente a los reparos formulados por Colpensiones y Porvenir según los cuales para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no están llamados a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una

exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por el demandante, advierte la Sala que de este no se desprende una confesión en los términos previstos en el artículo 191 del CGP, que permita acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean el sistema pensional en Colombia, no se encuentra que se le hubiese advertido sobre las implicaciones del acto de traslado, sobre sus riesgos y mucho menos acerca de las desventajas de pertenecer al RAIS, entre ellas, la advertencia de que sus rendimientos están sometidos al comportamiento del mercado, por lo que es claro que la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente. En este sentido, no es recibo el reparo formulado Porvenir.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), tal y como fue ordenado por la Juez de primer grado, por lo que confirmará en su integridad la sentencia.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que el reparo que en ese sentido formuló Porvenir S.A. no tiene vocación de prosperidad.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber

participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso, además de Porvenir S.A. y Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y Porvenir, como quiera que solo uno de los cuestionamientos de su recurso prosperó.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, y Porvenir la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320210021202
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA ISABEL RAMÍREZ SIMBAQUEBA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA ISABEL RAMÍREZ SIMBAQUEBA** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Skandia S.A., por el incumplimiento al deber de información en que incurrió esa AFP al momento del acto. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual y que se condene a última a recibir los dineros y a actualizar su historia; que se condene a las demandadas conforme a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 03-24 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació 26 de agosto de 1964; que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones el día 13 de marzo de 1984, cotizando un total de 742,57 semanas; que el 13 de agosto de 1999, se trasladó al RAIS con la AFP Skandia S.A., actuación que no estuvo precedida de una información

clara, cierta y suficiente por parte de esa entidad, pues no se le expusieron los beneficios, ventajas y desventajas de tal acto, como tampoco las características y funcionamiento de cada régimen.

Adujo que, el asesor de Skandia, al momento del traslado, le mencionó que el ISS desaparecería, que sus aportes estarían en riesgo de permanecer en el RPM, que de trasladarse al RAIS sus dineros estarían seguros, que obtendría rentabilidad sobre los mismos lo que se traduciría en una mesada pensional superior y que en el RIAS podría pensionarse a cualquier edad, de modo que con base en esa información engañosa efectuó el traslado.

Expuso que, de haber permanecido en el RPM su mesada ascendería a \$13.496.801, mientras que en el RAIS de conformidad con proyección efectuada por Skandia sería de \$2.725.298; que el día 04 de febrero de 2021, radió ante esa AFP y ante Colpensiones solicitudes de ineficacia de traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por cada entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 1 a 25 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 26 de agosto de 1964; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 13 de marzo de 1984, cotizando un total de 742,57 semanas y, finalmente, que el día 04 de febrero de 2021, radió ante Colpensiones solicitud de ineficacia de traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente por cada entidad. Respecto de los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

S.A. contestó (f.º 1 a 39 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora el 13 de agosto de 1999, suscribió formulario de afiliación a Skandia acto que tuvo fecha de efectividad del 01 de septiembre de 1999; que esta AFP efectuó proyección pensional y, finalmente, que el día 04 de febrero de 2021, radió ante Skandia solicitud de ineficacia de traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente por cada entidad. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 97 a 98, archivo 05 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2007 a 2018.

El mentado llamamiento fue rechazado por el Juzgado de origen por medio de auto del 30 de marzo de 2022 (archivo 09 carpeta 1 exp. Digital), argumentando que a esa AFP no le asistía derecho para convocar a Mapfre, debido a que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 64 del CGP, en razón a que el caso bajo estudio se enmarcaba debate de una eventual ineficacia de traslado, cuestión que no tenía relación alguna con la cobertura brindada por la aseguradora. Contra esta decisión Skandia presentó recurso de apelación y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá resolvió confirmar la decisión en auto del 04 de agosto de 2022.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de octubre de 2022 (archivos 19 – 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARÍA ISABEL RAMÍREZ SIMBAQUEBA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA ISABEL RAMÍREZ SIMBAQUEBA junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARÍA ISABEL RAMÍREZ SIMBAQUEBA en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Manifestó que, el artículo 1604 Código Civil consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación de la demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación a Skandia S.A., la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que la demandante estuvo afiliada al RPM entre el 13 de marzo de 1984, al 31 de agosto de 1999; que decidió trasladarse de régimen a la AFP Skandia S.A. a partir del 01 de septiembre de 1999, efectuando cotizaciones en dicho fondo a la fecha.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que, la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Dijo que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que a la demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Skandia S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones generaría el cambio de régimen, pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Determinó entonces que no era posible establecer que para el año 1999, la actora hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende que ésta hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado por Skandia S.A.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión. Para tal efecto, manifestó que el Juez no tuvo en cuenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, que la demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM y, que además estaba inmersa en la prohibición del traslado de prevista en la Ley 797 de 2003; que el a quo omitió que la real motivación de la demandante para iniciar el proceso no fue el incumplimiento al deber de información, sino su deseo de tener una mesada superior, cuestión que no justifica la intervención del Juez y que no es una razón válida para declarar ineficaz una afiliación. Finalmente, indicó que la AFP cumplió con la información que debía entregar y que era exigible para el año 1999.

SKANDIA presento recurso de apelación parcial respecto de la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y demás conceptos, argumentando que los gastos de administración correspondían a comisiones a favor de la AFP por su buena gestión y manejo que efectuó de los recursos de la actora y que muestra de ello fueron justamente los altos rendimientos que la demandante obtuvo, el cual fue superior al que se obtendría de haber permanecido en el RPM. Arguyó que el Juez desconoce que la ley establece que cuando se efectúa un traslado de régimen, no era procedente devolverlos; que la ley indica no es dable trasladar los seguro gastos de administración ni las primas de seguros previsionales, situación que ha sido confirmada por la Superintendencia Financia.

Adujo que, no era procedente ordenar el reembolso de las primas de seguros previsionales, debido a que el objeto del contrato de aseguramiento por el que se pagan las primas se ha cumplido y, todo caso, la ley no prevé que la posibilidad de reembolsar estos dineros cuando se efectúa un traslado de régimen. Finalmente, respecto de la indexación que ordenó el Juzgado solicitó que fuera revocada debido a que ello no fue pretendido en la demanda y los rendimientos superaron la pérdida del valor del dinero en el tiempo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Skandia S.A. es ineficaz por falta de información y. si como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora María Isabel Ramírez Simbaquera nació el día (f° 39, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 13 de marzo de 1984, hasta el 13 de agosto de 1999, cotizando un total de 742,57 semanas actualizada al 12 de diciembre de 2020 (f°40 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y que el 13 de agosto de 1999, solicitó ante Skandia S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de septiembre de 1999** (f° 54-55 archivo 05, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital);

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de septiembre de 1999-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Skandia S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos

personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores de la afiliada, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual el acto jurídico no se torna en

eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel se deberá confirmar la sentencia de primer grado en su integridad.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Skandia S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas debido a que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo que respecta a las costas en esta instancia, se imponen a cargo de Colpensiones y de Skandia S.A. como quiera que los recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

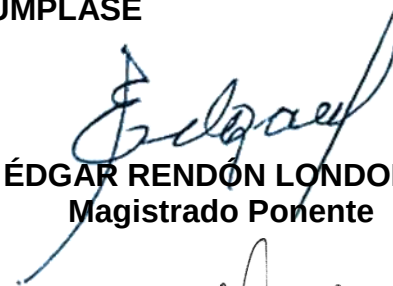
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

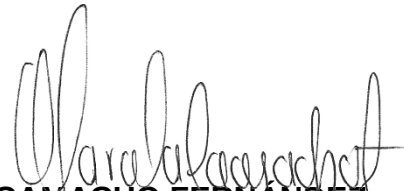
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

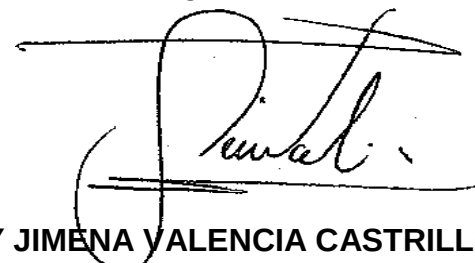
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



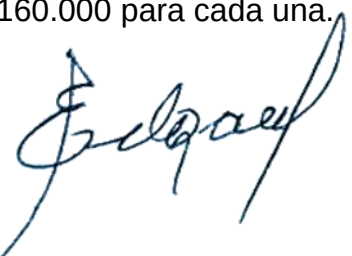
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Skandia S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320210048601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ASTRID ZACIPA INFANTE
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Astrid Zacipa Infante** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual y se ordene a esta última a registrar el ingreso de su afiliación sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas conforme a las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació 29 de abril de 1963; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 06 de marzo de 1985, cotizando un total de 631,1 semanas; que en marzo del año 2000, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A., actuación que

no estuvo precedida de una información clara, cierta y suficiente por parte de esa entidad, pues no se le expusieron los beneficios, ventajas y desventajas de tal acto. Destacó que en mayo de 2002, se trasladó a ING PENSIONES – hoy Protección S.A., debido a que un asesor de esa entidad le comunicó que tendría mejores rendimientos y, posteriormente, retornó a Porvenir S.A., entidad que no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 47 años.

Indicó que, el 08 de junio de 2020, radicó ante Porvenir S.A. solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, por contar con la edad y las semanas previstas por la Ley; que frente a ello, un asesor de la AFP le indicó que no podía acceder al reconocimiento de esa prestación; que debía cotizar hasta los 60 años y le entregó una proyección pensional que indicaba que su mesada ascendería a \$1.529.000; que en comunicación del 09 de junio de 2020, Porvenir S.A. informó que estaba adelantando las gestiones a fin de verificar su historia laboral y, una vez ello ocurriera, en 180 días le avisaría los pasos a seguir; que el 24 de noviembre de 2020, la mentada AFP, mediante comunicación le indicó que no se habían concluido las validaciones para reconocer la pensión de vejez, debido a que su bono pensional estaba en estado pendiente por solucionar; que, por no estar de acuerdo con el monto de su mesada y las condiciones expuestas por Porvenir S.A., el 28 de mayo de 2021, radicó ante esta entidad una solicitud encaminada a no continuar con el trámite de pensión, sin obtener respuesta por parte de la AFP.

Expuso que, el día 27 de julio de 2021, radicó ante Colpensiones solicitud de retorno al RPM, la cual fue contestada negativamente; que en igual sentido, radicó solicitud de Porvenir, solicitando además copia del formulario de afiliación. Finalmente, mencionó que al 24 de marzo de 2021, contaba con un total de 1.719 semanas cotizadas en ambos regímenes.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 1 a 18 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 29 de abril de 1963; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 29 de abril de 1963, cotizando un total de 631,1 semanas; que en el mes de marzo de 2000 se trasladó a Porvenir S.A.; que la actora luego de efectuar un traslado horizontal retornó, como afiliada a Porvenir S.A.; que el 27 de julio de 2021, presentó ante Colpensiones solicitud de retorno al RPM, la cual fue contestada de forma negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º1 a 21 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 29 de abril de 1963; que en el mes de marzo de 2000 se trasladó a Porvenir S.A. y que la actora luego de efectuar un traslado horizontal retornó como afiliada a Porvenir S.A.; que la demandante el 08 de junio de 2020, radicó ante Porvenir S.A. solicitud de reconocimiento de pensión de vejez; que el 09 de junio de 2020, esta AFP le informó a la actora que estaba adelantando las gestiones a fin de verificar su historia laboral; que el 24 de noviembre de 2020, la mentada AFP mediante comunicación le indicó a la actora que no se habían concluido las validaciones para reconocer la pensión de vejez, debido a que el bono pensional estaba en estado pendiente por solucionar; que por no estar de acuerdo con el monto de la mesada y las condiciones expuestas por Porvenir S.A., la accionante el 28 de mayo de 2021, radicó ante esta entidad una solicitud encaminada a no continuar con el trámite de pensión, sin obtener respuesta por parte de la AFP; que la actora al 24 de marzo de 2021, contaba con un total de 1.719 semanas cotizadas en ambos regímenes. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (fº 3 a archivo 47, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó sólo aceptó que la demandante nació 29 de abril de 1963. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2022 (archivos 21 – 22 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante ASTRID ZACIPA INFANTE, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de mayo de 2002 al 31 de diciembre de 2007, con motivo de la afiliación de la demandante ASTRID ZACIPA INFANTE, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de enero de 2008.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones de la demandante ASTRID ZACIPA INFANTE, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de mayo de 2002.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora ASTRID ZACIPA INFANTE en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SEPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Sostuvo igualmente que el artículo 1604 Código Civil consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación de la demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, los formularios de afiliación a Porvenir S.A. y a Protección S.A., la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que la demandante estuvo afiliada al RPM entre el 06 de marzo de 1985, al 31 de marzo de 1998, que decidió trasladarse de régimen a la AFP Porvenir S.A. a partir del 01 de marzo de 2000, efectuando cotizaciones en dicho fondo hasta el 30 de abril de 2002; que efectuó traslado entre administradoras a la AFP ING hoy Protección S.A. a partir del 01 de mayo de 2002, fondo en el que cotizó hasta el 31 de diciembre de 2007 y, finalmente, retornó a Porvenir con efectividad 01 de enero de 2008, donde a la fecha de la audiencia continúa afiliada.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que es procedente

declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que a la demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Porvenir S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las redes implicaciones generaría el cambio de régimen, pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Determinó entonces que no era posible establecer que para el año 2000, la actora hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende que ésta hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Porvenir S.A. y que, como lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal, los traslados horizontales efectuados a Protección y posteriormente el retorno hacia Porvenir S.A. también resulta ineficacias, por lo que la única afiliación válida resultaría la del RPM.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión. Para tal efecto, manifestó que el Juez no tuvo en cuenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo; que la demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM; que estaba inmersa en la

prohibición del traslado de prevista en la Ley 797 de 2003. Destacó también que el a quo omitió que la real motivación de la demandante para iniciar el proceso no fue el incumplimiento al deber de información, sino su deseo de tener una mesada superior, cuestión que no justifica la intervención del Juez y que no es una razón válida para declarar ineficaz una afiliación. Finalmente, indicó que la AFP cumplió con la información que debía entregar y que era exigible para el año 2000.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión en su integridad, argumentado que, si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información, la Corte había aclarado que la aplicación de esa línea debía atender a las condiciones de cada caso; que en el caso bajo análisis no era posible aplicarla como quiera que la demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, con sustento en las cargas impuestas a las AFP para el año 2000. Indicó que el Jueza pasó por alto que la demandante en su condición de consumidora financiera, debió actuar con diligencia e informarse sobre las implicaciones del traslado, máxime cuando todas las características de los regímenes pensionales estaban reguladas por Leyes de acceso público. A su vez, argumentó que se debía tener en cuenta que la demandante tuvo una vinculación con la entidad por espacio de 20 años, sin que hubiese presentado reclamación alguna o haya manifestado su intención de retornar al RPM. Adujo que, la confesó que conocía de las características del RAIS al rendir su interrogatorio; que en el caso se evidenciaban actos de relacionamiento que daban cuenta que ella ratificó su deseo de pertenecer al RAIS.

Respeto a la devolución de los dineros, sostuvo que, al declararse la ineficacia del traslado, deben retornarse las cosas a su estado natural y al ser ello así, el traslado inicial no incluía gastos de administración, debido a que en el RPM no se generarían rendimientos. Igualmente, respecto de la indexación indicó que no era procedente, debido a que los rendimientos obtenidos para la cuenta de la demandante superaban la devaluación del dinero en el tiempo. Sobre los seguros previsionales, indicó que las coberturas se dieron por parte de las aseguradoras por lo que no era procedente la devolución, máxime cuando estas entidades eran terceros de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor

de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a declarar la ineficacia de los traslados horizontales en el RAIS y de ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Astrid Zapica Infante nació el día 29 de abril de 1963 (f° 16, archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 06 de marzo de 1985 hasta el 31 de marzo de 1998, cotizando un total de 629,14 semanas (f°190 archivo 190 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 01 de enero de 2000, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de marzo del 2000** (f° 23 y 78 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el 15 de marzo de 2002, solicitó el traslado a ING hoy Protección S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de 2002 (f° 23 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que el 22 de noviembre de 2007, solicitó nuevamente el traslado a Porvenir S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de enero de 2008 (f° 23 y 76 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o

dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el

Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de marzo de 2000-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber*

de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean al RAIS, tampoco puede perderse de vista, que la actora manifestó no tener ningún conocimiento sobre las desventajas o riesgos de efectuar el traslado, como tampoco acerca de las características del RPM al que pertenecía en ese momento. En efecto, el reparo efectuado por Porvenir S.A. relacionado con una supuesta confesión de la actora no está llamado a prosperar.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores de la afiliada, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo**

permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel se deberá confirmar la sentencia de primer grado en su integridad.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no

está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo que respecta a las costas en esta instancia, se imponen a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A. como quiera que los recursos de alza no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

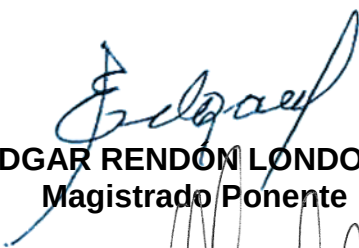
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

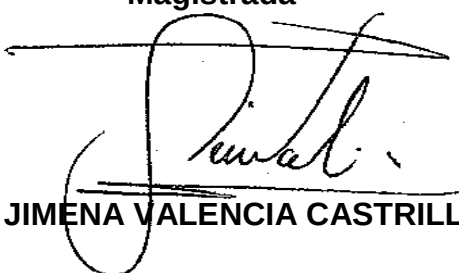
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502920220007601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SOL MARÍA PÉREZ DE PALACIO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Sol María Pérez de Palacio** pretende que se **declare** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A. y del traslado posterior realizado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada y a Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual y se ordene a esta última a registrar el ingreso de su afiliación sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas conforme a las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº1- 24 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació 17 de noviembre de 1959; que empezó su vida laboral el 12 de febrero de 1982, momento en el que se afilió al ISS hoy Colpensiones; que en agosto de 1996, se trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A. y, posteriormente, en marzo de 1997, se cambió a Porvenir S.A., como quiera en las visitas

que efectuaron los asesores de ambas entidades, estos le indicaron que el ISS sería liquidado, que sus cotizaciones corrían riesgo; que en el RAIS podría pensionarse a una edad temprana y con una mesada pensional superior, sin explicarle las condiciones necesarias para acceder a las prestaciones económicas que le ofrecían; que ninguna de las dos entidades le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 47 años.

Indicó que, en el RAIS su mesada pensional ascendería al 25% de su ingreso base de cotización, mientras que en el RPM sería del 65% y que los días 28 de diciembre de 2021, y 21 de enero de 2022, radicó ante Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., respectivamente, solicitudes encaminadas a que se registrara la nulidad de su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, las cuales fueron negadas por cada entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 17 de noviembre de 1959, y que el 28 de diciembre de 2021, presentó ante Colpensiones reclamación en la que solicitaba la nulidad de su afiliación al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue contestada de forma negativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1 a 30 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de obligación, compensación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (fº 3 a archivo 47, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó sólo aceptó que la demandante nació 17 de noviembre de 1959. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la

prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2022 (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciera la señora SOL MARÍA PÉREZ DE PALACIO identificada con C.C. N. 39.266.836, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con fecha de solicitud 12 de agosto de 1996 y fecha de inicio de efectividad 01 de octubre de 1996, por los motivos expuestos. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante SOL MARÍA PÉREZ DE PALACIO, como cotizaciones, rendimientos y cuotas destinadas a la garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, esto es, cotizaciones, rendimientos y cuotas destinadas a la garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que en este caso no existía duda respecto de la afiliación inicial de la demandante al RPM administrado por Colpensiones, como tampoco del traslado realizado en el año de 1996 a la AFP Protección S.A. así como del posterior cambio horizontal a la AFP Porvenir en el año 1997; que también estaba fuera de debate que las semanas por ella cotizadas en el Sistema General de Seguridad social correspondientes a un total de 1726.

Resaltó que, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde el año 2008, ha fijado una serie de reglas para el estudio de la validez de los traslados de regímenes pensionales, dentro de las cuales ha establecido que la simple firma del formulario de afiliación no era prueba suficiente de un consentimiento informado; que la Corte también ha señalado que los llamados a juicio, tenían la carga de la prueba del cumplimiento de deber de información al momento en que se hubiese efectuado el traslado.

Reseñó que, las obligaciones de los fondos de pensiones de cara a los afiliados que pretendan trasladarse, han estado marcadas por tres periodos limitados por cambios normativos que han exigido diferentes deberes en cabeza de estas entidades. Manifestó

que, en el primer periodo que iba desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta la extensión de la Ley 1328 de 2009, se exigía a las administradoras el cumplimiento al deber de información que, en voces de la Corte, consistía en la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que significaba que al afiliado por lo menos de manera general, pero clara y precisa, debía explicársele el funcionamiento de cada uno y hacérsele una comparación para que éste entendiese cuáles eran los requisitos para pensionarse, cuáles eran las modalidades pensionales existentes con el fin de que pudiese optar por el régimen que bajo su juicio le resultara más favorable teniendo en cuenta sus condiciones personales y laborales; que la Alta Corporación ha determinado como subregla que a las administradoras de pensiones les correspondía acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida que solo puede desvirtuarse mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Dijo que, en este caso dada la inversión de la carga de la prueba, no se demostró en juicio que al momento de la afiliación de la señora Sol María Pérez Palacio, la AFP Protección S.A. le hubiese dado la información exigida para que tuviese validez su traslado, pues en expediente solo obra un formulario de afiliación, que, conforme lo ha determinado la Corte de manera enfática, no era prueba suficiente de un consentimiento informado; que al practicar el interrogatorio de parte al demandante no se obtuvo confesión alguna que denotara que hubiese recibido una información más allá de la mención general de los beneficios del RAIS, lo cual resultaba insuficiente, por lo que, era necesario declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS y de los traslados horizontales posteriores, como quiera que la falta de legalidad del acto originario, afectaba la validez de los actos posteriores.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara o adicionara parcialmente la decisión en el sentido de ordenar a las AFPs la devolución de los gastos de administración, los valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima y las sumas destinadas al pago de los seguros previsionales, como quiera que, de conformidad con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, ello corresponde a la consecuencia de la ineficacia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación parcial presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado efectuado con posterioridad a Porvenir S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Sol María Pérez de Palacio nació el día 17 de noviembre de 1959 (f° 27, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 12 de febrero de 1982, hasta el 12 de agosto de 1996, cotizando un total de 303,14 semanas (archivo 1GRP-SCH-HL de la carpeta exp. Digital - 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 12 de agosto de 1996, solicitó ante Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de octubre de 1996** (f° 27 y 28 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que el 20 de marzo de 1997, solicitó el traslado ante Protección S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de 1997 (f° 23 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la

Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de octubre de 1996-**, la obligación de la AFP Protección S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que

mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Protección S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Protección, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean al RAIS, tampoco puede perderse de vista, que la actora

manifestó no tener ningún conocimiento sobre las desventajas o riesgos de efectuar el traslado, como tampoco acerca de las características del RPM al que pertenecía en ese momento.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores de la afiliada, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe

entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue no ordenado por la juez de primer nivel, **conforme lo expuso Colpensiones en el recurso de apelación formulado**, la sentencia deberá adicionarse en ese sentido y se dispondrá su devolución a esta entidad; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social

en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Acorde con lo anterior, se deberá ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, toda vez que el recurso formulado prosperó.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

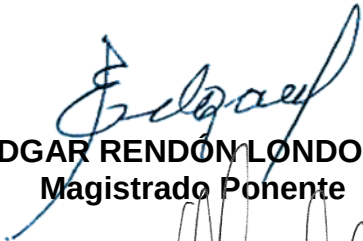
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

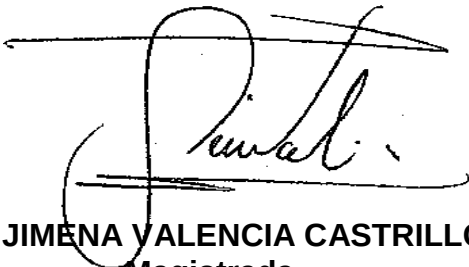
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503320190039901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MABEL DÍAZ MARTÍNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MABEL DÍAZ MARTÍNEZ** se **declare** la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se le **ordene** a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses; que se **ordene** a Colpensiones activar su vinculación al RPM y reconocer su pensión de vejez a partir del 13 de marzo de 2013; que se **condene** a las demandadas en lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 119-135 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 19 de marzo de 1958; que ingresó a laborar en empresas del sector privado de forma discontinua desde el 15 de

mayo de 1980, momento en el que se afilió al ISS hoy Colpensiones; que en el formato de vinculación a Protección del 27 de junio de 2003, se registró su información general pero sin incluir su firma; que ella fue engañada y asaltada en su buena fe, debido a que no se le dio una asesoría clara y precisa que le pusiera en conocimiento las características de cada régimen y las implicaciones de traslado para tomar la decisión de efectuar tal acto y que presentó reclamación administrativa a Colpensiones y derecho de petición a la AFP Protección.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 17 carpeta 1ª inst exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante estuvo vinculada al RPM, que se trasladó al RAIS y que agotó la reclamación administrativa. Frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 14 carpeta 1ª inst exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 19 de marzo de 1958; que en el formato de vinculación a Protección S.A. del 27 de junio de 2003, se registró la información general de la actora sin contener su firma. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de septiembre de 2022 (archivo 18- 19 carpeta 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN de MABEL DÍAZ MARTÍNEZ, identificada con C.C. No. 63.282.865 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PROTECCIÓN y con esto la afiliación reportada el 27 DE JUNIO DE 2003.

SEGUNDO: DECLARAR que MABEL DÍAZ MARTÍNEZ, identificada con C.C. No. 63.282.865 actualmente se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a AFP PROTECCIÓN, realizar el traslado los dineros que existan- en la cuenta de ahorro individual de MABEL DÍAZ MARTÍNEZ, a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores utilizados en seguros provisionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración generados durante el periodo de afiliación a su cargo.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. MABEL DÍAZ MARTÍNEZ, e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante

QUINTO: ORDENAR a AFP PROTECCIÓN, trasladar al RPM, de su propio patrimonio, los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas, durante el tiempo en que estuvo afiliada. Para tales efectos, se CONMINA a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARAR que MABEL DÍAZ MARTÍNEZ, identificada con C.C. No. 63.282.865, es beneficiaria de una pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en la Ley 797 de 2003, en cuantía de UN (01) SMLMV, y por 13 mesadas, cuyo disfrute queda supeditado a la fecha de retiro o a la última cotización cuando así lo informe la demandante, en los términos de los arts. 13 y 35 del A. 049 de 1990, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, la excepción de inexistencia del derecho frente a la pretensión de intereses moratorios. En consecuencia, ABSOLVER a COLPENSIONES, del pago de los mismos, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones planteadas por las demandadas, en especial las de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado y pensión, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: COSTAS de esta instancia a cargo de AFP PROTECCIÓN. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de CUATRO (4) SMLMV a favor de la demandante. SIN COSTAS contra COLPENSIONES.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. que

presuntamente efectuó la actora era ineficaz ante la falta al deber de información y si había lugar al reconocimiento de la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que, para estudiar la legalidad del traslado la normatividad aplicable eran los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los cánones 10 y 12 de la Ley 720 de 1994. En este sentido, expresó que los fondos privados de pensiones desde su creación tenían a su cargo el deber de dar información acerca de las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones, los efectos y riesgos de ambos regímenes pensionales, esto como una medida de protección que le permitiera al usuario tomar una decisión informada y consiente sobre su futuro pensional.

Señaló que, conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre ineficacia del traslado, cuando se pretenda tal efecto por omisión al deber de información, siempre se debe verificar la asesoría dada al afiliado, fijando, primero, que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; segundo, que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones allí consignadas no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información, que acreditaban un consentimiento, pero no informado; tercero, que las AFP tenía la carga de demostrar cuál había sido la información entregada al potencial afiliado; y cuarto, que para que procediera la ineficacia no era necesario contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Adujo que, al verificar las pruebas obrantes en el expediente se hallaba formulario de afiliación a Protección S.A. del 27 de junio de 2003, con un sello de recibido de 04 de julio de esa misma anualidad, con datos de la demandante, pero sin firma alguna, por lo que no se cumplía con una de las reglas previstas por la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial, como lo era que el acto de traslado estuviese precedido de una voluntad libre. Por ello, determinó que en este caso la AFP no cumplió con la carga de demostrar el consentimiento de la demandante, máxime cuando tampoco se aportaron elementos de juicio adicionales que permitieran inferir que ante la ausencia de firma a la actora se le hubiese presentado algún otro documento o se le hubiese efectuado un estudio de su situación pensional.

Advirtió además que, del interrogatorio de parte rendido por el representante de la AFP Protección S.A. no se extrajo una explicación satisfactoria sobre el motivo por

el cual el formulario de afiliación del traslado de la actora no contaba con su firma. Resaltó que al examinar el documento se encontraba que estaba firmado por el entonces empleador de la actora y por el ejecutivo de la AFP, lo que daba cuenta de que el traslado fue conocido por ambos, pero no contó con el elemento básico del consentimiento libre de la demandante, más aún si se tiene en cuenta que ésta afirmó no conocer su contenido. Por las razones expuestas, el despacho concluyó que concurren los elementos para declarar ineficaz el traslado de la actora.

Con relación al reconocimiento de la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990, a favor de la demandante como presunta beneficiaria del régimen de transición, consideró que esta no estaba amparada por tal prerrogativa, debido a que no acreditó contar con 750 semanas al 29 de julio de 2005, pues para esa data contaba con 738,69 semanas de cotizaciones, por lo que no cumplió con lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el mentado beneficio.

Expuso que, sin perjuicio de la pérdida del beneficio del régimen de transición era procedente determinar si la demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, frente a lo cual determinó que en efecto desde el año 201,5 la actora había cumplido 57 años y que contaba un total de 1377 semanas cotizadas, por lo que debía efectuarse el reconocimiento del derecho. Sin embargo, precisó que la actora en su interrogatorio había confesado que a la fecha de la diligencia continuaba cotizando, por lo que era claro que no tenía novedad de retiro para el disfrute de la pensión a partir de una fecha específica que pudiese declararse en esa instancia.

Expresó que, para determinar el monto de la pensión se debería tomar el promedio de los últimos 10 años y que como quiera que durante casi 7 años la actora había cotizado sobre 1 SMLMV y solo en los últimos 3 años ha tenido un Ingreso Base de Cotización superior a 1 SMLMV, lo indicado era reconocer la pensión en 1 SLMLMV, por ser el valor mínimo que admite el sistema de seguridad social, con 13 mesadas pensionales.

Respecto la solicitud de condena de intereses moratorios, la misma debía ser descartada debido a que Colpensiones no tenía la posibilidad de reconocer pensión alguna por cuanto la actora estaba afiliada al RAIS, más aun, cuando en este caso ni siquiera existe novedad de retiro pensional.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La DEMANDANTE presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, únicamente a efectos de que se le reconociera como beneficiaria del régimen de transición y acreedora de la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990, argumentado que el a quo no tuvo en cuenta que de conformidad con la su historia laboral para el 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, por lo que sí había cumplido el requisito necesario para ser acreedora de tal prerrogativa, de modo que la pensión de vejez se le debió reconocer con base en el nombrado acuerdo y desde marzo de 2013.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara integralmente la sentencia, argumentando que el a quo en su decisión no tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal a favor de esta entidad, pues se le estaba ordenando reconocer una pensión a favor de una persona que por más de 20 años efectuó cotizaciones en otro régimen pensional y que no aportó para la financiación de las prestaciones de los más usuarios, con lo que también afectaba el principio de interés general, máxime si se tenía en cuenta que el valor requerido para financiar la pensión sería significativamente mayor al que le será retornado a esta administradora pública.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro

individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección, es ineficaz por falta de información; **ii)** si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS junto con los gastos de administración y demás deducciones; **iii)** si la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y en el A. L. 01/05; y **iv)** si hay lugar a reconocer a su favor la pensión de vejez.

En el presente asunto, no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **MABEL DÍAZ MARTÍNEZ** nació el 19 de marzo de 1958 (f° 46 archivo 01, carpeta 1ª inst exp. Digital); **ii)** que se afilió y cotizó al ISS desde el 16 de mayo de 1980, hasta el 31 de agosto de 1998, acumulando 695,71 semanas; **iii)** que mediante formulario del 27 de junio de 2003, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1º de agosto del 2003**, según certificado SIAFP (f° 46 archivo 01, carpeta 1ª inst exp. Digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha.; **iv)** que la actora cumplió 57 años el 19 de marzo de 2015 (f° 46 archivo 01, carpeta 1ª inst exp. Digital); y **v)** que a junio de 2022, contaba con 1377 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social (archivo 16, carpeta 1ª inst exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP

al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en

su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1° de agosto del 2003**-, la obligación de la AFP se

enmarcaba en el primer período, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Se advierte que Protección S.A. solo allegó como pruebas un formulario de afiliación **sin firma de la demandante**, el certificado de consulta SIAFP y su historia laboral, documentos en los cuales no se evidencia que la actora hubiese si quiera consentido el traslado al RAIS, como quiera que la solicitud de afiliación no contiene su firma manuscrita como muestra de su voluntad de cambiarse de régimen y tampoco se aporta otro medio de convicción que lleve a concluir que le hubiese ilustrado de forma suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde el año **2003**, conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica

su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de efectuar un traslado precedido de la voluntad libre de la afiliada y del suministro de la información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe

entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). En este caso, el a quo ordenó el reembolso de los conceptos previamente descritos, pero omitió disponer su **indexación**, por lo que se **ADICIONARÁ** el numeral tercero únicamente en el sentido de ordenar tal asunto.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), por lo que el reparo efectuado por tal entidad en ese sentido, no tiene vocación de prosperidad.

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante a través del recurso de alzada que se le reconozca la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, como beneficiaria del régimen de transición, cuestión que no fue reconocida por el Despacho por considerar que ésta no cumplía los requisitos para tal efecto.

Para resolver sobre este reparo, se hace necesario recordar que la señora MABEL DÍAZ MARTÍNEZ en principio era beneficiaria del régimen de transición, en razón a su edad, ya que nació el 19 de marzo de 1958, y al 1° de abril de 1994, tenía 36 años de edad, por lo que esta Sala analizará si la accionante cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Bajo esas circunstancias, para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* cincuenta y cinco (55) años o más de edad si es mujer; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, iría hasta el **31 de julio de 2010** y de manera excepcional se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, para los afiliados que a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo (**29 de julio de 2005**), además de estar inmersos en el régimen de transición, tuviesen cotizadas al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios.

Así, partiendo de las anteriores premisas normativas, con el fin de establecer si la actora cumple con los presupuestos exigidos, se procede a estudiar el material probatorio obrante en el expediente que permite concluir lo siguiente:

- 1. La señora MABEL DÍAZ MARTÍNEZ nació el **19 de marzo de 1958**, de modo que cumplió los 55 años de edad el mismo día del mes y año de **2013**, de donde se colige que para el **31 de julio de 2010**, la actora no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, conforme al límite temporal previsto en el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005.
- 2. Se debe verificar entonces si la demandante estaba inmersa dentro de la excepción prevista en el mentado Acto Legislativo, esto es, si se le hizo extensivo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, de haber cotizado 750 semanas al 29 de julio de 2005.
- 3. Verificada la historia labora de la actora, se tiene que cotizó en el ISS hoy Colpensiones desde el al ISS desde el 16 de mayo de 1980 hasta el 31 de agosto de 1998, acumulando 695,71 semanas y que posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. donde continuó cotizando de forma discontinua. Para el período que interesa, esto es, el anterior al 29 de julio de 2005, se tiene que la actora acumuló las siguientes semanas de cotización:

CÁLCULO SEMANAS COTIZADAS ANTES DEL 29 DE JULIO DE 2005			
DESDE	HASTA	FONDO	SEMANAS
16/05/1980	31/08/1998	ISS	695,71
12/09/2002	31/12/2002	PROTECCIÓN	15,43
1/01/2003	31/03/2003	PROTECCIÓN	12,86
TOTAL SEMANAS			723,99

De lo expuesto, se deduce con claridad que la demandante NO cumplió con el requisito previsto en el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no pudo conservar el beneficio del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. En consecuencia, no le asiste razón a la demandante respecto de los argumentos expuestos en su recurso de apelación y en este sentido, la determinación del a quo sobre este punto en particular fue adecuada.

De otra parte, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, se hace necesario establecer si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo los postulados normativos

señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos, se tiene conforme se dijo en apartados anteriores, la actora nació el 19 de marzo de 1958, de donde se colige que llegó a los 57 años el mismo día y mes del año 2015. A su vez, encuentra la Sala que conforme la historia laboral consolidada expedida por la AFP Protección actualizada a junio de 2022, la actora contaba para esta calenda con 1.377,85 semanas, por lo tanto, válidamente se puede afirmar que a la fecha cumple los requisitos para acceder al derecho pensional objeto de estudio. Por lo tanto, es claro que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, como fue establecido por el sentenciador de instancia.

Ahora bien, precisa esta Corporación que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, en virtud de lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, lo cual a la fecha en que se presentó la demanda y se llevó a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento de que trata el artículo 80 del CPTSS, no se había llevado a cabo, asunto que además fue confesado por la actora al absolver el interrogatorio de parte, lo que igualmente se desprende la historia laboral obrante en el plenario; por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito efectivamente se demuestre ante Colpensiones.

Así mismo, debe indicarse por parte de esta Corporación que, Colpensiones deberá consolidar la historia laboral de la actora con ocasión de la ineficacia declarada y de los recursos que recibirá de la AFP Protección S.A. y, solo después de ello tendrá que efectuar el cálculo de la mesada pensional, razón por la cual no resulta dable

ordenar que esta debe reconocerse en un salario mínimo como lo sostuvo el juez de primer nivel; por lo tanto, se **MODIFICARÁ** el numeral SEXTO de la decisión de primera instancia para en su lugar **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, **una vez se desafilie del sistema, procediendo a calcular la tasa de reemplazo y el IBL según lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez consolidada la historia laboral.**

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandante y de Colpensiones, puesto que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta

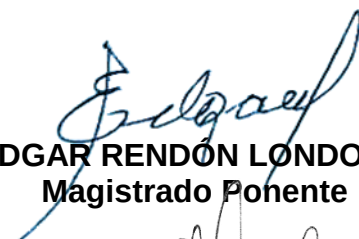
orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora **MABEL DÍAZ MARTÍNEZ** la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, **una vez se desafilie del sistema**, procediendo a calcular la tasa de reemplazo y el IBL según lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez consolidada la historia laboral, acorde con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y de Colpensiones.

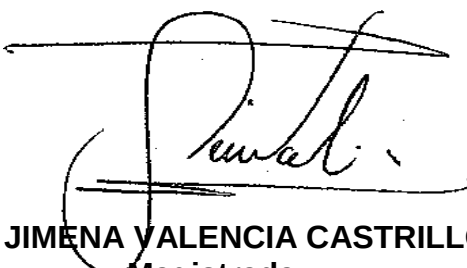
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante y de Colpensiones las suma de \$580.000 y de \$1.160.000, para cada una respectivamente.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503420210010301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÓSCAR FELIPE RODRÍGUEZ AGUILERA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **ÓSCAR FELIPE RODRÍGUEZ AGUILERA** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información en que incurrió esa AFP al momento del acto. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, junto con gastos de administración y demás deducciones que se hubiesen efectuado; que se condene a última a recibir los dineros y a actualizar su historia. Finalmente; se condene a las demandadas conforme a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 03-25 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 30 de marzo de 1963; que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones el día 23 de enero de 1987,

cotizando un total de 310,57 semanas; que entre el 01 de diciembre de 1983, al 15 de noviembre de 1987, prestó sus servicios al sector público con la Armada Nacional; que el 08 de marzo de 2000 se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A., actuación que no estuvo precedida de una información clara, cierta y suficiente por parte de esa entidad, pues no se le expusieron los beneficios, ventajas y desventajas de tal acto, como tampoco las características y funcionamiento de cada régimen.

Adujo que, el asesor de Porvenir S.A., al momento del traslado, le mencionó que el ISS desaparecería; que sus aportes estarían en riesgo de permanecer en el RPM, que de trasladarse al RAIS sus dineros estarían seguros; que obtendría rentabilidad sobre los mismos lo que se traduciría en una mesada pensional superior y que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad, de modo que con base en esa información engañosa efectuó el traslado.

Expuso que, de haber permanecido en el RPM su mesada ascendería a \$6.005.043, mientras que en el RAIS de conformidad con proyección efectuada por Porvenir sería de \$2.239.800; que el día 19 de junio de 2019, radió ante esa AFP y ante Colpensiones solicitudes de ineficacia de traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por cada entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 2 a 59 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 30 de marzo de 1963; que el 23 de enero de 1987, se afilió al RPM administrado por Colpensiones y que el 20 de junio de 2019, dio respuesta a la solicitud presentada por el demandante con relación a la anulación del traslado y afiliación al RPM, indicando que no era procedente.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 a 25 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no

aceptó ninguno e indicó que no le constaban o no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá mediante sentencia del 24 de octubre de 2022 (archivos 18-19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante ÓSCAR FELIPE RODRÍGUEZ AGUILERA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Porvenir S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV.

Para **fundamentar su decisión sostuvo** que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993, a su vez el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagró que cualquier atentado contra el derecho a la selección libre generaba la ineficacia del acto de afiliación, lo que se ocurría no sólo cuando mediaba constreñimiento en la afiliación, sino también cuando no se le suministra al trabajador una información completa, comprensible y veraz.

Resaltó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009. Indicó que, sobre este período la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud las características de cada régimen así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, pues la expresión libre y voluntaria contenida

en la Ley 100 de 1993, necesariamente presuponía conocimiento, lo cual solo ocurría cuando se comprendían las consecuencias de un acto de tal índole, sin que ello se pudiese estimar satisfecho con una simple expresión genérica contenida en un formulario de afiliación, de ahí que desde el inicio hubiese correspondido a las AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía tal cambio de régimen, so pena de la ineficacia del acto.

Adujo que, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las AFPs desde su creación prescribió en el numeral 1 del artículo 97 la obligación de estas entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que se les permitiera escoger las mejores opciones del mercado, por lo que era claro que estas entidades tenían la obligación de entregar una información suficiente que le permitiera al afiliado escoger de las opciones del mercado escoger la que más se ajustara a sus intereses por lo que no se trataba entonces de una carrera comercial de las AFP para aumentar su número de afiliados, pues cada vinculación debía estar precedida de una adecuada asesoría y de la buena fe.

Puntualizó que, la información necesaria que exigía la ley y la jurisprudencia hacía referencia a las características, condiciones de acceso de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiese conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados, por tanto, implicaba hacer un parangón entre las ventajas, desventajas y características de cada régimen, así como de las consecuencias del traslado.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia y por el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado al actor una información concreta clara y oportuna.

Expuso que, Porvenir debió documentar la información suministrada al demandante y acreditar dentro del proceso que se la había brindado en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular obraba la

solicitud de vinculación del 08 de marzo de 2000, historia laboral de Colpensiones y de Porvenir, certificación SIAFP, entre otros, de donde se establecía que el demandante se afilió al RPM con ISS hoy Colpensiones donde cotizó 310,57 semanas y que se trasladó al RAIS representado por Porvenir el 08 de marzo de 2000, con efectividad del 01 de mayo de ese año donde permanece a la actualidad, sin que de tales medios de prueba se evidenciara que se le hubiese entregado al actor la información mínima necesaria para que su traslado tuviera validez, por lo que se deberá declarar la ineficacia del mismo.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revocara integralmente la decisión de primera instancia, argumentado que, la Juez no tuvo en cuenta que el Colpensiones no participó en el acto de afiliación del demandante, por lo que no era procedente que debiera asumir las consecuencias desfavorables de tal asunto; que se omitió que en este caso el demandante estaba inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que no era beneficiario del régimen de transición por lo que no era admisible su re afiliación al RPM.

Arguyó que, no con esta decisión se estaba afectado la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como quiera que en el RPM las pensiones de los demás afiliados se financian con las cotizaciones de los demás trabajadores y que en este caso el demandante hacía más de 20 años que no cotizaba a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **ÓSCAR FELIPE RODRÍGUEZ AGUILERA** nació el 30 de marzo de 1963 (f°35 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 23 de enero de 1987, y cotizó hasta el 31 de marzo de 1997, acumulando 310,57 semanas (archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que el 08 de marzo de 2000, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de mayo de 2000** (f°124 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir

información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de mayo de 2000-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la

cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

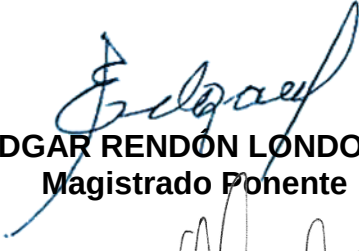
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esta administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

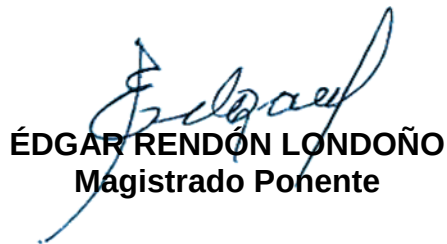

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503420210037201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALEJANDRO SANTAMARÍA OSPINA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALEJANDRO SANTAMARÍA OSPINA** que se **declare** la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S.A., debido a que el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) no estuvo precedido del cumplimiento al deber de información. En consecuencia, pretende que se **ordene** Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y rendimientos causados; que se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad; que se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2- 16 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señala que nació el 03 de noviembre de 1962; que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 15 de junio de 1989, hasta el 31 de marzo de 1997; que fue trasladado del RPM al RAIS mediante el diligenciamiento de

formulario de afiliación del 01 de marzo de 1997; que Protección S.A. al momento del traslado no le brindó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos del RIAS comparadas con las condiciones del RPM; que a la fecha de la presentación de la demanda se encontraba afiliado al RAIS con Protección S.A. y que no se ha pensionado. Finalmente, dijo que mediante escritos radicados el 15 y de 27 de abril de 2021, solicitó ante Protección S.A. y Colpensiones, respectivamente, la anulación de su afiliación al RAIS y retorno al RPM, las cuales fueron contestadas negativamente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 02-40 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre el 15 de junio de 1989, al 31 de marzo de 1997; que presentó escrito ante esta entidad encaminado a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, el cual fue contestado de forma negativa.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 2 a 24 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 03 de noviembre de 1962; que se trasladó a Protección S.A. a través del diligenciamiento del formulario de afiliación del 01 de marzo de 1997, que el actor no se ha pensionado, que continuaba afiliado a Protección S.A.; que el día 15 de abril de 2021, radicó ante esa AFP solicitud de anulación de afiliación al RAIS y retorno al RPM y que la misma fue contestada de forma negativa.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de septiembre de 2022 (archivos 13 - 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante ALEJANDRO SANTAMARÍA OSPINA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

Para **fundamentar su decisión sostuvo** que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que a su vez el artículo 271 de la misma normativa, consagró que cualquier atentado contra el derecho a la selección libre generaba la ineficacia del acto de afiliación, lo que se ocurría no sólo cuando mediaba constreñimiento en la afiliación, sino también cuando no se le suministra al trabajador una información completa, comprensible y veraz.

Resaltó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del

comprendido entre los años 1993 al 2009. Indicó que, sobre este período, la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud las características de cada régimen así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, pues la expresión libre y voluntaria contenida en la Ley 100 de 1993, necesariamente presuponía conocimiento, lo cual solo ocurría cuando se comprendían las consecuencias de un acto de tal índole, sin que ello se pudiese estimar satisfecho con una simple expresión genérica contenida en un formulario de afiliación, de ahí que desde el inicio hubiese correspondido a las AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía tal cambio de régimen, so pena de la ineficacia del acto.

Adujo que, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las AFPs desde su creación prescribió en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de estas entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que se les permitiera escoger las mejores opciones del mercado, por lo que era claro que estas entidades tenían la obligación de entregar una información suficiente que le permitiera al afiliado escoger de las opciones del mercado escoger la que más se ajustara a sus intereses por lo que no se trataba entonces de una carrera comercial de las AFP para aumentar su número de afiliados, pues cada vinculación debía estar precedida de una adecuada asesoría y de la buena fe.

Puntualizó que, la información necesaria que exigía la ley y la jurisprudencia hacía referencia a las características, condiciones de acceso de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiese conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados, por tanto, implicaba hacer un parangón entre las ventajas, desventajas y características de cada régimen, así como de las consecuencias del traslado.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia y por el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario,

tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado al actor una información concreta clara y oportuna.

Expuso que, Protección S.A. debió documentar la información suministrada al demandante y acreditar dentro del proceso que se la había brindado en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular obraba la solicitud de vinculación, historia laboral de Colpensiones y de Protección, certificación SIAFP, entre otros, de donde se establecía que el demandante nació el 30 de noviembre de 1962; que cotizó al ISS un total de 395,14 semanas entre el 15 de junio de 1989, hasta el 31 de marzo de 1997; que el día 01 de marzo de 1997, solicitó su traslado al RAIS y su vinculación a Protección S.A donde permanece a la actualidad, sin que de tales medios de prueba se evidenciara que se le hubiese entregado al actor la información mínima necesaria para que su traslado tuviera validez, por lo que se deberá declarar la ineficacia del mismo.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revocara integralmente la decisión de primera instancia, argumentado que la Juez no tuvo en cuenta que en este caso el demandante estaba inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y no era beneficiario del régimen de transición por lo que no era admisible su afiliación al RPM. Destacó que, Colpensiones no participó en el acto de afiliación del demandante, por lo que no era procedente que debiera asumir las consecuencias desfavorables de tal asunto y que la insatisfacción por el monto de la mesada pensional no era una razón válida para solicitar la ineficacia del traslado y mucho menos para declararla.

Arguyó que, no con esta decisión se estaba afectado la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como quiera que en el RPM las pensiones de los demás afiliados se financian con las cotizaciones de los demás trabajadores y que en este caso el demandante hacía más de 20 años que no cotizaba a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **ALEJANDRO SANTAMARÍA OSPINA** nació el 30 de noviembre de 1962 (f°79 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 15 de junio de 1989, hasta el 31 de marzo de 1997, cotizando un total de 395,14 semanas (f°299 archivo 05. inst. exp. digital); y *iii)* que 06 de marzo de 1997, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de mayo de 1997** (f.°69, archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de

sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las

mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último,

textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de mayo de 1997–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara,

comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto

jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que

se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas de esta instancia a cargo de Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

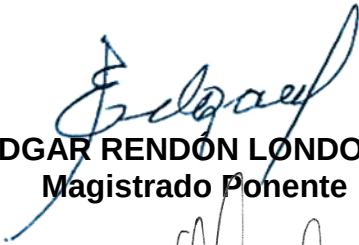
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esta administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520210032701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ STELLA OSPINA GÓMEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Luz Stella Ospina Gómez** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Colfondos S.A., por el incumplimiento del deber de información; que declare que se encuentra afiliada válidamente al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. Como consecuencia de ello, solicita que se **condene** a Colfondos S.A. a trasladar todos los aportes realizados por ella en el RAIS al RPM administrado por Colpensiones y, a su vez, a esta última a aceptar tales aportes; que se condene a esta entidad a registrar su afiliación; que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales, de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 – 25 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 23 de septiembre de 1963; que laboró para el Distrito Capital de Bogotá, desde abril de 1992, afiliándose a la Caja de Previsión del Distrito, en calidad de servidora pública; que mediante el Decreto 694 de 1994, el Gobierno Nacional

ordenó incorporar al sistema general de seguridad social a todos los servidores públicos; que fue afiliada al RAIS administrado por Colfondos a partir del 01 de julio de 1995, sin recibir una debida asesoría respecto de sus derechos, garantías y efectos que podrían presentarse en el régimen privado; que no se le informó sobre las características de cada sistema pensional, como tampoco de las ventajas y desventajas de cada uno; que no se le advirtió que en el RAIS podría tener una mesada pensional inferior que en el RPM, como tampoco se le realizó una proyección pensional; que la mesada pensional que se le reconocería en Colfondos no guarda relación el salario que devenga y que, Colfondos la indujo en error para efectuar su traslado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 15 exp. digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó que el actor nació el 23 de septiembre de 1963. Frente a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (archivo 12 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente que el actor nació el 23 de septiembre de 1963. Frente a los demás manifestó a unos que no le constaban porque eran apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora y a otros que no eran ciertos.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de junio de 2022 (archivos 28 - 29 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUZ STELLA OSPINA GÓMEZ

SEGUNDO: CONDENAR en costas a LUZ STELLA OSPINA GOMEZ, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000 para cada una de las demandadas, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

TERCERO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que de conformidad con el documento de historia laboral aportado por Colpensiones al contestar la demanda, la actora nunca estuvo afiliada a ese fondo ni tampoco al RPM, que en la historia laboral aportada con la demanda y expedida por Colfondos se observaba que la demandante había iniciado cotizaciones al sistema general de seguridad social en el RAIS administrado por la mentada AFP en julio de 1995, sin que se evidenciara que, con anterioridad, había pertenecido al RPM.

Adujo que, aunque de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a Colfondos demostrar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, también era cierto que la demandante debía acreditar que perteneció al RPM como también que se trasladó a Colfondos, cuestión que en este caso no se había cumplido.

Sostuvo que, la Alta Corporación ha determinado que la consecuencia de la declaratoria la ineficacia de la afiliación o del traslado era justamente dejar sin efecto el acto jurídico de traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior. Advirtió entonces que en este caso no existía prueba de que la demandante había pertenecido al RPM, por lo que no podía ordenarse el retorno al un régimen al que no ha pertenecido, pues, de los documentos que obraban en el expediente se desprendía que la demandante desde un inicio, se afilió y efectuó cotizaciones en el RAIS, de modo que, no podía pretender volver a un estado anterior de afiliación al RPM porque el mismo nunca existió, conforme lo ha previsto también la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. En consecuencia, debían despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. En efecto, cuestionó que el a quo no tuvo en cuenta que la demandante sí había pertenecido al RPM debido a que en el año 1992 entró a trabajar al

Distrito como afiliada a la Caja de Compensación de Previsión Social en su calidad de servidora pública; que en su momento, conforme lo había previsto en el Decreto 694 de 1994, se había ordenado al gobierno nacional incorporar a los funcionarios al Sistema General de Seguridad Social, circunstancia que fue aprovechada por Colfondos para efectuar el traslado de la demandante al RAIS; que de conformidad también con ese mismo decreto, la demandante aunque no estuvo afiliada a Colpensiones, sí lo estuvo al RPM, y por tanto, era procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado, contrario a lo considerado por el Juzgado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la afiliación al régimen de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la mentada AFP retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Luz Stella Ospina Gómez** no cuenta con registro histórico en Colpensiones (archivo GRP-SCH-HL carpeta 14 – 1ª inst. Exp. Digital); y *ii)* que se afilió al RAIS en septiembre de 1995 (fº 35 archivo 01 – 1ª inst. Exp. Digital) en donde se encuentra afiliada actualmente.

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debía ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[...]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

Se ha sostenido por parte de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justician que son las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento; finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la

inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**, que no fue lo que se demostró en el presente asunto, pues **de las pruebas oportunamente allegadas al expediente no es posible determinar que, previo a la vinculación que efectuó la demandante al RAIS con Colfondos en septiembre de 1995, la demandante hubiese pertenecido al RPM**, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, como quiera que no existe o por lo menos no fue acreditada una situación jurídica anterior objeto de modificación. En efecto, si bien a la AFP Colfondos le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico, en la medida en que lo que podría invalidarse o declarar ineficaz era el traslado, lo que exigía la demostración, más allá de toda duda, de que la actora había pertenecido al RPM para después efectuar un cambio de régimen, circunstancia que en este caso no se presenta.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

[...] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. (Subrayado por fuera del texto original)

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones. (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019). (Subrayado fuera del texto original).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

Ahora bien, advierte esta Sala que la parte actora, al presentar sus alegaciones de conclusión de segunda instancia, pretende incorporar un documento con el que busca acreditar que en el año de 1992 estuvo afiliada al RPM a través de la Secretaría Distrital de Integración Social. Al respecto, considera esta Corporación que no es procedente tener en cuenta el contenido del mentado documento, como quiera que el mismo no fue allegado en los momentos procesales oportunos que para el caso lo eran con la demanda o su reforma y, mucho menos, podría decretarse como prueba en segunda instancia, dado que no se dan los presupuestos previstos en el artículo 83 del CPTSS, modificado por el 41 de la Ley 712 de 2001, esto es, que en la primera instancia, y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar; contrario a ello, lo que aquí se evidencia es una inactividad de la promotora del litigio en allegar en las oportunidades que la ley prevé, los medios de convicción necesarios para acreditar los supuestos de hecho alegados en su escrito inicial, etapas que sin duda alguno son preclusivas; por lo tanto, resulta del todo extemporánea la arriada a estas alturas del proceso, de tal suerte, que por mandato del artículo 60 del CPTSS, en donde se establece que «*el juez al proferir su decisión, analizará todas las pruebas **allegadas a tiempo***», no puede la Sala entrar a valorar dicho elemento de juicio.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala, en la sentencia CSJ SL170-2021, precisó:

[...] la jurisprudencia de la Sala ha sostenido invariablemente sobre la validez de las pruebas, en el sentido que, de conformidad con lo previsto en el art. 60 del CPT y de la SS, los jueces al proferir la decisión deben analizar solo aquellas que fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, esto es, aquellas presentadas: i) con la demanda inicial o su contestación; ii) con la reforma a la demanda o su

contestación, o; iii) en el transcurso del proceso, cuando no se tengan en su poder, antes de la decisión que ponga fin a la instancia, siempre que hubieran sido solicitadas y decretadas como prueba. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En similar sentido, dicha Corporación en la sentencia CSJ SL2022-2020, en donde reiteró, entre otras, las providencias CSJ SL9063-2014, CSJ SL5882-2016, CSJ SL2833-2017, sostuvo:

Cabe recordar, que de conformidad con el art. 60 del CPT y SS, «El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo». De ahí, que como lo prevé la citada normativa, allegar a tiempo las probanzas, implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder, antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal. Por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones, para que se les imparta valor probatorio y se tengan en cuenta en la decisión de fondo.

Sobre este puntual tema de aportación de pruebas en tiempo y en legal forma, en sentencia de la CSJ, SL 30 mar. 2006, rad. 26.336, que fue reiterada en decisiones SL 12 nov. de igual año, rad. 34267, y SL5620-2016, 27 abr. 2016, rad. 46209, se dijo:

Los jueces están obligados a proferir su decisión apoyados únicamente en las pruebas que regular y oportunamente se han allegado al proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, y a su vez para que una prueba pueda ser apreciada deberá <solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello> conforme lo enseña el artículo 183 ibídem.

Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que reza: <El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo>.

Así las cosas, importa destacar que una prueba es inexistente o más bien inoponible en la medida que no sea debidamente incorporada al proceso, esto es, de manera regular y en tiempo, dado que no basta con que una de las partes en forma desprevenida o extemporánea la hubiera allegado y que como consecuencia de ello obre en el expediente, para que el juzgador pueda válidamente considerarla e impartirle valor probatorio al momento de proferir la decisión de fondo, pues en estos casos se requiere del pronunciamiento previo del juez de conocimiento en relación a su aportación, a efecto de cumplir con los citados principios y por ende con el debido proceso al tenor del artículo 29 de la Carta Mayor.

Lo dicho significa, que no es viable la apreciación de una prueba inoportunamente allegada y menos que no hubiese sido decretada como tal en alguna de las etapas procesales prescritas para esos específicos fines, puesto que permitirlo, sería ir en contra del mandato de la mencionada norma constitucional que señala como <nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso>". (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente