

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TIMOTEO MORENO REINA
contra INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP
Radicación No. 11001-31-05-035-**2019-00056**-01.

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia del 1 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la demandada antes referida con el objeto que se declare que entre Timoteo Moreno Reina (sic) y la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop operó la figura de sustitución patronal de que trata el artículo 67 y siguientes del CST; como consecuencia de esto, que se condene a la demandada al pago de cesantías e intereses a las cesantías *“desde el año 2015”* y hasta la fecha de terminación del contrato; a los salarios *“desde febrero de 2016”*; a las primas de servicios y vacaciones correspondientes al año 2015 y las adeudadas *“hasta que se verifique la fecha de terminación del contrato”*; la sanción por falta de pago oportuno de las cesantías; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST desde febrero de 2016; los aportes a seguridad social desde diciembre de 2015; y lo que resulte probado *ultra y extra petita* (pág. 56 PDF 01).

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que se vinculó a través de un contrato de trabajo a término indefinido con Saludcoop EPS OC el 1 de noviembre del 2000; que se desempeñó como terapeuta respiratorio; que el 30 de agosto de 2002 Saludcoop EPS le informó sobre la cesión del contrato; que en el año 2011 se produjo una intervención oficial a Saludcoop EPS; que en noviembre de 2015 se decretó la liquidación de la entidad Saludcoop EPS; que durante el año 2016 devengó como salario la suma de \$1.937.800; que no le pagaron las cesantías desde el año 2015; que no le pagaron los salarios, vacaciones y primas de servicio desde febrero de 2016; que no se realizaron los aportes a salud, pensión, ni afiliación a caja de compensación familiar desde diciembre de 2015; que el 2 de abril de 2016, junto con otros trabajadores realizó una manifestación pacífica por el no pago de salarios y acreencias laborales en la Clínica Jorge Piñeros; que no le ha sido entregada carta de despido o comunicado que indique que el contrato se dio por terminado; que interpuso una acción de tutela a través de la cual el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales, sin embargo no se dio cumplimiento al fallo de tutela.
- 3.** La demanda se presentó el 18 de enero de 2019 (pág. 54 PDF 01); con auto del 25 de febrero siguiente el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la inadmitió y concedió un término de 5 días para su subsanación. Cumplido lo anterior, con auto del 18 de marzo de 2019 la admitió y ordenó notificar a la demandada. Mediante memorial del 2 de abril de 2019, el liquidador de la demandada solicitó amparo de pobreza como quiera que la entidad no cuenta con los recursos económicos para atender el proceso; con auto del 24 de mayo de 2019, el juzgado otorgó el amparo de pobreza, tuvo por notificada por conducta concluyente a la demandada y le designó curador ad litem. La diligencia de notificación se cumplió el 9 de octubre de 2019 a través de curador ad litem (pág. 124 PDF 15).
- 4.** La demandada contestó el 23 de octubre de 2019 a través de curador ad litem; este, por su calidad, indicó que no le constaba ninguno de los hechos de la demanda y por lo tanto se atenía a lo que se probara dentro del proceso. Propuso en su defensa las siguientes excepciones de fondo: i) prescripción y ii) genérica o innominada (pág. 128 PDF 01).
- 5.** Con auto del 12 de febrero de 2019 se tuvo por contestada y se convocó a las partes a las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS para el 16 de

marzo de 2020; en esta fecha no se pudo realizar la audiencia por lo que se reprogramó para el 1 de diciembre de 2021, fecha en la que se agotaron todas las etapas contempladas en el artículo 77 ibidem y se instaló la audiencia del artículo 80 ibidem en la cual se cerró el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia (Archivo 10).

6. El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 1 de diciembre de 2021, condenó a la demandada al pago de \$2.971.271 por concepto de salarios; \$2.353.137 por concepto de cesantías e intereses a las cesantías; \$317.584 por concepto de prima de servicios; \$1.125.001 por concepto de vacaciones; a pagar a partir del 17 de marzo de 2016 intereses moratorios por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; al pago de los aportes a pensión desde el 1 de enero de 2015 y hasta 16 de marzo de 2016; la absolvió de las demás pretensiones y la condenó en costas fijando las agencias en derecho en \$500.000 (PDF 14).
7. La anterior decisión fue apelada por el apoderado de la **demandada**; planteó: *“respecto de la sanción moratoria del artículo 65, conforme que, para que esta sea aplicable al caso, pues como usted muy bien lo mencionó, que no es automática, se debe mostrar la mala fe o por lo menos la falta de buena fe por parte del demandado o del empleador, y para el presente caso tenemos que la Institución Auxiliar de Cooperativismo Saludcoop se encontraba en una crisis financiera, lo que obligó a las superintendencias a intervenir la misma y por lo cual se encontró y se encuentra actualmente en proceso de liquidación obligatoria pues decretada por estas entidades, por lo cual no fue una decisión arbitraria de esta, como empieza a ver (sic) el no pago de las acreditaciones laborales del señor Timoteo, sino por el contrario, la misma situación económica y financiera de la misma entidad obligó a la empresa a cesar en el pago no solo del señor Timoteo, sino de muchos trabajadores, y adicionalmente, pues de sus demás obligaciones digamos comerciales que tiene dentro del curso normal de su negocio, por lo cual señores magistrados solicito que se revoque parcialmente la sentencia dictada por el juez en relación a la indemnización moratoria en contra de mi representada”*.
8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con auto del 2 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (PDF 03); no concurrió ninguna.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante la jueza de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver consiste en determinar si es procedente la condena de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST como lo estableció el a quo, o si por el contrario, hay lugar a absolver a la demandada por considerar que su actuar no estuvo revestido de mala fe y se justifica en la difícil situación económica y financiera que presentó.

En lo que interesa a la resolución del recurso, cabe señalar que el a quo determinó en su sentencia que la indemnización moratoria del artículo 65 del CST era procedente como quiera que en el expediente *“no hay ninguna prueba que nos demuestre que la demandada hubiese presentado circunstancias que la exoneraran de esta sanción, pues se comprobó que la conducta de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, se orientó a sustraerse de las obligaciones laborales respecto de quien fuera su trabajador dependiente y subordinado, con la clara voluntad de fraguar los intereses económicos y laborales del actor”*; de igual forma, precisó que esta norma establece que la reclamación de la indemnización debe hacerse dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo para que la misma corresponda a un día de salario por cada día de retardo; no obstante, como el demandante no cumplió con presentar la demanda dentro de ese término, dispuso que lo procedente era el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la superintendencia financiera sobre las condenas impuestas.

En realidad, lo que el recurrente plantea es que el actuar de la demandada debe enmarcarse en el campo de la buena fe, como quiera que su omisión se encuentra justificada en la crisis económica y financiera que presentó durante el periodo en el que terminó el contrato de la demandante. En este punto cabe aclarar que, al no haber sido objeto de apelación por ninguna de las partes, debe entenderse que estas aceptaron las conclusiones adoptadas por el juez sobre los extremos en los que se desarrolló la relación laboral, esto es entre el

1 de noviembre del 2000 y el 16 de marzo de 2016, así como de las condenas impuestas por concepto de salarios, vacaciones y prestaciones sociales, de manera que sobre este aspecto no se hará ninguna consideración en esta providencia.

Considera el Tribunal que las conclusiones adoptadas por el juez frente al asunto materia de estudio se encuentran conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del CST y el desarrollo jurisprudencial que sobre esta norma ha realizado la Corte Suprema de Justicia; pues efectivamente no se advierte que exista prueba alguna en el expediente que indique que el actuar de la demandada estuvo provisto de buena fe, y aunque en el recurso se indica que esta se encontraba en una crisis financiera que la obligó a cesar el pago de salarios y acreencias laborales en favor de todos sus trabajadores por estar incurso en un proceso de liquidación obligatoria, lo cierto es que no se aportó ninguna prueba que permita establecer que esta situación se presentó de forma concomitante con la fecha de terminación del contrato de trabajo del demandante.

En este punto, el Tribunal no desconoce que con el memorial de fecha 2 de abril de 2019 el liquidador de la entidad demandada manifestó que esta se encontraba en una crisis financiera que le impedía incluso adoptar las medidas necesarias para su defensa en este proceso; no obstante, y aunque no se aportó ninguna prueba que respaldara tal manifestación, debe decirse que allí también se indicó que no fue sino hasta el 14 de diciembre de 2016 que la Superintendencia de Economía Solidaria, mediante resolución 2016140000755 ordenó la liquidación forzosa de la entidad demandada, es decir casi 9 meses después de la terminación del contrato de trabajo del actor, lo que deja sin soporte el argumento presentado por la demandada en el recurso de apelación.

Sin perjuicio de lo anterior, también cabe resaltar que la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 24 de enero de 2012 con radicado N°37288 dispuso que *“en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, (...) De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza*

mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis." (subraya la Sala).

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia en lo apelado. Así queda resuelto el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia por cuanto la demandada goza de amparo de pobreza.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 1 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de TIMOTEO MORENO REINA contra INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP en lo apelado de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital "al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes", conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



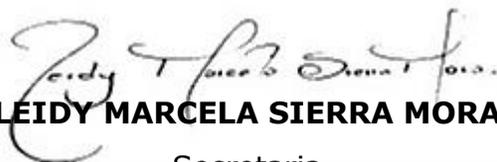
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105001202000662-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare que estuvo afiliado al RPM, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, a partir de marzo de 1977 y hasta julio de 1999; que, se declare que se traslado al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., en agosto de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al ser inducido a error por parte del asesor de ese fondo privado y del representante de SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a donde se cambió en agosto de 2014; que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; que se ordene a COLPENSIONES, reactivar su afiliación al RPM; que, se ordene

a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del RAIS, con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales del asegurado, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Adicionalmente, que, se reconozca la pensión de vejez, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de marzo de 2020; que, se inaplique la resolución 3559 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección social; que, se ordene el pago de las mesadas ordinarias y adicionales no pagadas, con los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o de manera subsidiaria su indexación; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 23 de marzo de 1958, que, a partir de marzo de 1977 se afilió al RPM, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, cotizando allí hasta julio de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., donde le ofrecieron mayores beneficios y garantías para pensionarse, además que, el ISS, sería reformado, que se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a la edad y semanas mínimas de cotización requeridas, que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, advirtiéndole los múltiples riesgos que acarrearía su permanencia en ese Instituto.

Indicó que, ni al momento de su traslado inicial al RAIS, ni cuando se cambió a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en julio de 2014, le fueron informadas las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, nada se le advirtió de las condiciones y requisitos que necesitaba cumplir en el RAIS, para conformar el capital con que podría acceder a la pensión de vejez, no se le realizó una proyección del valor de su posible mesada pensional; que, solicitó a SKANDIA S.A., una proyección de su pensión y le fue informado que recibiría una mesada de \$1.462.713, mientras que en el RPM, ésta ascendería aproximadamente a \$7.125.723; que, tiene 62 años de edad cumplidos y más de 1300 semanas, por lo que, reúne con los requisitos para acceder a la pensión de vejez; que le reclamó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS; no obstante, esa petición fue negada por éstas (Archivos 03 y 06).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no

ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Archivo 09).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones que llamó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un vicio de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 10).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., alegó en su defensa las excepciones denominadas el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, 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 tiempo cotizado, 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, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha Aseguradora, vigentes de 2009 a 2018, el cual fue admitido por auto del 09 de junio de 2022 (Archivos 12, 13 y 16).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir “*el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente*”; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y 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 las demás que resulten probadas y puedan declararse oficiosamente (Archivo 18).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de marzo de 2023, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de régimen pensional del demandante, efectuado, a través de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.; ordenó a COLPENSIONES, a autorizar el retorno del demandante al RPM, en las mismas condiciones que tenía al momento de su traslado al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar a COLPENSIONES, los aportes efectuados por GABRIEL MARIA IBARRA PARDO al RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el Fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante, estuvo afiliado a cada una de esas Administradoras, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; declaró que, COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Adicionalmente, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; respecto a la pensión de vejez deprecada, indicó que, el demandante, debería acreditar su desafiliación del sistema, para presentarse ante COLPENSIONES, a reclamar el reconocimiento pensional. No impuso condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados del demandante, COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, solicitó que, se condene a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., al pago de las costas procesales, en virtud

de lo establecido por los artículos 365 y 366 del CGP, por haber resultado vencidas en juicio y oponerse a la prosperidad de las pretensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó que, no es dable que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, ya que, en el presente asunto se demostró la información brindada por las AFP al actor; además que, el actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, con el traslado horizontal realizado de PORVENIR a SKANDIA; que, se advierte una negligencia del demandante, quien sólo se preocupó por su situación pensional, cuando estaba ad portas de cumplir la edad para acceder a ese derecho; que, el demandante, es un profesional del derecho y bien pudo consultar la normatividad; que, debió ser probada la falta de información por parte del demandante, ya que, al momento de su traslado, no se encontraba frente a una expectativa legítima; que, no se puede tener como afiliado al demandante, en el RPM, pues, tal decisión iría en contra del principio de sostenibilidad financiera, porque descapitalizaría el Sistema General de Pensiones, dejando en desventaja a quienes sí han permanecido en ese régimen.

La **AFP PORVENIR S.A.**, apeló el ordinal tercero de la decisión de Primer Grado, en relación con la devolución de las condenas debidamente indexadas, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de esa AFP, estaba la de garantizar la rentabilidad mínima de los aportes del actor en su cuenta individual, de ahí que, resulta improcedente y excluyente la actualización de los recursos, y por el contrario sí sería una doble sanción; más aún cuando los rendimientos que se causaron en vigencia de la afiliación del actor a esa AFP, supera con greses la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del demandante.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás conceptos de manera indexada, pues, los efectos de la ineficacia deben ceñirse a los preceptos de orden legal que regulan la materia de manera taxativa, es decir, que, lo que se debe trasladar del RAIS al RPM, son los aportes a pensión y al fondo de garantía de pensión mínima, no así los demás emolumentos a que fue condenada esa Administradora, especialmente los gastos y las primas de seguros previsionales, pues, los primeros conllevan la administración correcta y eficiente de la cuenta de ahorro individual del accionante y, las segundas fueron canceladas a una aseguradora; que, de mantenerse la orden debe revocarse la decisión en cuanto absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues, con la declaratoria de ineficacia se perdió el efecto asegurable y por lo tanto, el contrato de seguro, perdió uno de los elementos, en los términos del artículo 1045 del CCo., caso en el cual debe el asegurador restituir las sumas percibidas; que, ordenar la indexación, vulnera el principio de la congruencia, que no fue pretensión de la demanda, y además, el pago de rendimientos compensa cualquier pérdida del poder adquisitivo de la moneda, debiendo en su lugar declararse probada la compensación; que, también procede la excepción de prescripción, frente a los gastos de administración y primas de seguros, por ser emolumentos de orden económico, periódico y no están destinados a cubrir la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, pidió confirmar la sentencia apelada, en cuanto ordenó la ineficacia del traslado de régimen pensional, pero, reiteró que debe imponerse a todas las demandadas la condena en costas de Primera Instancia.

COLPENSIONES, solicitó revocar el fallo de Primera Instancia y negar las pretensiones del demandante, quien se encuentra válidamente afiliado al RAIS y ya no puede retornar al RPM, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

La AFP PORVENIR S.A., indicó que, en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ni de su afiliación inicial a esa AFP.

SKANDIA S.A., insistió en que no resulta procedente la devolución de gastos de administración, que, además son susceptibles del fenómeno de la prescripción; y que, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. debe ser condenada a pagar las primas del seguro previsional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; *iv)* si el nivel profesional que ostenta el demandante, es argumento suficientemente válido, para exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información; *v)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *vi)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; *vii)* si se debe condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; y *viii)* si se debe declarar probada la excepción de prescripción.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, registro civil de nacimiento del demandante; historia laboral consolidada del demandante en SKANDIA S.A.; reporte de semanas cotizadas por el actor, en COLPENSIONES de donde se extrae que éste cotizó al RPM entre el 01 de marzo de 1977 y el 31 de

julio de 1999; simulación de la pensión de vejez, que le correspondería al señor IBARRA PARDO, elaborada por OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., el 21 de mayo de 2018, reclamaciones presentadas por el demandante, ante las demandadas, solicitando su retorno al RPM, con las correspondientes respuestas negativas dadas por las demandadas; consulta SIAF; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP PORVENIR, de fecha 14 de julio de 1999; certificación de traslado de aportes de PORVENIR S.A. a SKANDIA S.A., historia laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR; relación historia de movimientos de la cuenta individual del actor en PORVENIR S.A.; expediente administrativo del señor Gabriel Ibarra, en COLPENSIONES; formulario de afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., diligenciado el 17 de junio de 2014; estado de cuenta de ahorro individual del Skandia Fondo de Pensiones Obligatorias; historia laboral válida para bono pensional (Archivos 03, 09, 11 y 12).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, fue contactado por una comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien lo invitó a trasladarse de régimen pensional, hablando de las bondades del RAIS, le mencionó algunos portafolios, pero no recuerda con precisión más detalles; aseguró que, ningún momento le agente comercial, le brindó una asesoría de fondo; que, suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria; que, se cambió a SKANDIA S.A., porque al igual que en su traslado inicial, recibió la visita de un agente comercial, quien también le habló de una serie de ventajas y por eso decidió cambiar de AFP; que, es profesional en Derecho, pero no conoce a detalle el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, entonces no tiene mucha información respecto a las ventajas del RAIS; que, no recuerda haber recibido una llamada por parte de la AFP PORVENIR S.A., para recibir una reasesoría antes de los 52 años de edad; que, su inconformidad con el RAIS, se presenta porque allí recibirá un derecho pensional que resulta inferior y lesivo en relación con las garantías y ventajas que podría obtener en COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a el actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula

esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradora de Fondos de Pensiones, realizado por el demandante, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., no convalidaron el traslado inicial efectuado a la AFP PORVENIR S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) 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.”*

De otra parte, no es de recibo el argumento expuesto por la demandada COLPENSIONES, respecto al nivel profesional que ostenta el demandante, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y

abstracta. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3349 de 2021, donde dijo que, *“el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad”*, pues, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no deja duda de que esa carga fue impuesta a las entidades del sistema y, por tanto *“no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento”*. Además, que, de la profesión del asegurado no se puede deducir una regla excluyente del deber de la Administradora de pensiones, por lo que, aun conociendo aspectos relacionados con el sistema financiero y el manejo de las AFP, estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados.

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el

recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Negrilla fuera de texto)

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, aunque esta no haya sido solicitada en la demanda, pues, su imposición no comporta una condena adicional, como se advirtió en sentencia SL359 de 2021; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Referente a lo manifestado por la recurrente SKANDIA S.A., del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere esa demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4° del artículo 2° del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que

corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 14 de julio de 1999, con efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la parte actora, se ordene frente a todas las demandadas, comoquiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, le asiste razón al demandante, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por ser los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las

reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”.

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se revocará el ordinal noveno de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debiendo el *a quo*, liquidar las correspondientes agencias en derecho respecto de cada una de ellas.

COSTAS en la alzada a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por el Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Se **REVOCA** el ordinal noveno de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, a las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 01 2020 00662 01 DE GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor IBARRA PARDO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ