

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-005-2018-00303-01
DEMANDANTE:	CLAUDIA LUCÍA LAÑAS NUÑEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 090 del 26 de junio de 2020
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA

APROBADO POR ACTA No. 14
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 166

Hoy, once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como Ponente **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 090 del 26 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA LUCÍA LAÑAS NUÑEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, radicado **76001-31-05-005-2018-303-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 142**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 47 a 62, al igual que en las

contestaciones militantes a folios 82 a 113 por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, a folios 137 a 145 la de **COLPENSIONES**, y la emanada por **OLD MUTUAL** contenida en los folios 149 a 168, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de la Sentencia No. 090 del 26 de junio de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a la **OLD MUTUAL S.A.** **2)** En consecuencia, ordenó a la demandada **OLD MUTUAL S.A.** el traslado de todos los valores que hubiese recibido con ocasión del traslado y afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, además de las mermas en el capital destinado para pensión por gastos de administración. **3)** Igualmente, a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de la demandante **4)** Por último, condenó en costas a **OLD MUTUAL** y a **PROTECCIÓN S.A.**

Fundamentó su decisión en que, las AFP tienen el deber de transmitir a los afiliados una información cierta, suficiente, clara y oportuna, como condición previa al acto del traslado, evento que también supone el acompañamiento por personas expertas en la materia, las cuales permitan la toma de una decisión importante para la persona, al tenor de lo establecido en la Ley 1328 de 2009, Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, en el entendido de que las entidades de pensiones deben garantizar la existencia de una decisión debidamente informada, donde el afiliado conozca los riesgos y beneficios de trasladarse, según lo ha desarrollado la Jurisprudencia Laboral, aspectos que de ser omitidos dan paso a la ineficacia del traslado, como ocurrió en el presente caso, como quiera que las AFP accionadas no probaron tales circunstancias, las cuales, resaltó, no se desprenden de la simple suscripción del formulario.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** insistió en la improcedencia de ordenar esta clase de traslados, pues ello representa a futuro un

perjuicio para la entidad, quien debe reconocer las distintas prestaciones económicas del RPMPD, a aquellos afiliados que acrediten las condiciones normativas para tal fin.

A su turno, el mandatario de **OLD MUTUAL S.A.** señaló, primera medida, que partiendo de lo solicitado en la demanda, que fue la nulidad del traslado, la Sentencia decidió sobre la ineficacia del mismo, por lo que existe incongruencia entre lo reclamado, la oposición y la conclusión de la providencia, vulnerando así el debido proceso y su derecho de defensa. En segundo lugar, precisó que más allá de lo anterior, tanto **PROTECCIÓN** como **OLD MUTUAL** asesoraron a la demandante como lo previó el legislador para la época en mención (1988 y 2003), sin que pueda exigirse el cumplimiento de otras condiciones que surgieron con posterioridad por vía legal o jurisprudencial, haciendo énfasis en que anteriormente la asesoría se daba de manera verbal, y no había obligación de dejar constancia escrita, la cual nació con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Así mismo, reprochó la orden tendiente a imponer la devolución del bono pensional, ya que no es la entidad encargada de expedirlos, y tampoco los ha recibido en nombre de la demandante, solicitud que también extendió a las sumas de las Aseguradoras, en tanto estas se hacen efectivas ante las contingencias de invalidez o muerte, por lo que no puede ordenar devolver lo no recibido. En cuanto a los gastos de administración, argumentó que son un descuento autorizado en ambos regímenes en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en atención a la buena administración efectuada por esta AFP, logró hacer rendir el capital de la afiliada, hecho por el que no puede castigarse con su devolución, aún más cuando generaría un enriquecimiento sin causa a **COLPENSIONES**. Con respecto a los frutos y rendimientos, alegó que, al declararse la ineficacia, se tiene como inexistente la afiliación al RAIS, debiendo entenderse que no se administró la cuenta de ahorro individual, y, en consecuencia, no generaron tales emolumentos.

Por último, expresó que, en relación a las mermas de capital, la Sentencia pasó por alto lo establecido en la Sentencia SU-062 de 2010, la cual indicó que la diferencia entre cotizaciones de uno u otro régimen en el evento de un traslado, deben ser cubiertas por el afiliado.

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 221, se reconoce personería adjetiva a la Dra. ÁNGELA BURBANO RIASCOS, identificada con T.P. No. 297.194 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 06 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** presentaron escrito de alegatos, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **OLD MUTUAL S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes, e incluso el porcentaje de gastos de administración, obligación que también se verificará en lo atinente a **PROTECCIÓN S.A.**

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** La señora **CLAUDIA LUCÍA LAÑAS NUÑEZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1985 y 1998 (Archivo 02 Historia Laboral). **2)** Que en el 07 de octubre de 1998 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por **PROTECCIÓN** (f. 6). **4)** Posteriormente, para el mes de mayo de 2003 la actora suscribió formulario de afiliación a la **AFP SKANDIA** hoy **OLD**

MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (fs. 120 a 121 y 169 a 188). **6)** Que la demandante solicitó a **COLPENSIONES** y a **OLD MUTUAL S.A.** proceder con su traslado al RPMPD administrado por la primera, petición a la que no accedieron las entidades en mención (fs. 18 a 23).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En efecto, lo primero a destacar por la Sala es que no le asiste razón al apoderado del **OLD MUTUAL** al argumentar la posible falta de congruencia entre las pretensiones del gestor, la contestación a la demanda, y lo definido en Sentencia, al decidirse sobre la ineficacia del traslado pese a que la demanda apuntaba a la nulidad del mismo, pues lo cierto es que, al revisarse minuciosamente la demanda, el componente fáctico sobre el cual descansan las pretensiones está direccionado a un traslado irregular por deficiencias en la información brindada por la AFP a la hora de materializar dicho acto, cuestión que ha explicado ampliamente la Jurisprudencia, tiene como consecuencia la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico, al tenor de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 (Sentencia SL1689-2019), correspondiéndole a la Juez de instancia darle dicho tratamiento, como finalmente lo hizo desde la etapa de fijación del litigio, ajustándose entonces a lo realmente petitionado en la demanda, máxime que dicha Funcionaria en su ejercicio analítico tiene el deber de interpretar el escrito introductorio.

Vista lo anterior, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

En esa senda, es válido recordar que entre las obligaciones enrostradas a las AFP está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente

sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, 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, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PROTECCIÓN S.A.**, Fondo seleccionado por la demandante previa estancia en el ISS, no probó.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, contrario a lo argüido por la apoderada de **OLD MUTUAL**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Súmese a lo dicho que, si bien la actora lleva más de 20 años afiliada al RAIS, trasladándose incluso entre AFP del mismo régimen, debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, **PROTECCIÓN** no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y entiéndase, lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico, **el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados posteriores dentro del mismo régimen, y mucho**

menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Con todo, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó de la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la **totalidad de los recursos** depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los gastos de administración. En este punto, es pertinente poner de relieve que la orden emanada en la sentencia en lo atinente a la devolución de **bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora**, no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere.

En cuanto a la Sentencia SU-062 de 2010, que solicitó el recurrente fuese aplicada en el sub-júdice, importante resulta poner de presente que las situaciones jurídicas analizadas en dicho precedente distan de la ahora estudiada, por cuanto en tal oportunidad el estudio gravitó sobre la posibilidad de retorno al RPMPD, para quienes siendo beneficiarios del régimen de transición, se trasladaron al RAIS, adicional a la posibilidad de mantener el citado beneficio, cuestión que dista de la analizada en el asunto de marras, ya que en esta ocasión se parte de la existencia de un traslado imperfecto que no surtió plenos efectos jurídicos, lo cual contempla consecuencias y efectos disimiles.

Bajo este escenario, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, observa la Sala que en la decisión estudiada solo se le impuso a **OLD MUTUAL** la obligación de devolver los gastos de administración, motivo por el cual habrá de **adicionarse** la sentencia en el sentido que igualmente **PROTECCIÓN S.A.** debe devolver debidamente a dicha entidad los gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la accionante, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad. Tales conceptos deberán ser devueltos debidamente indexados tanto por **OLD MUTUAL** y **PROTECCIÓN S.A.**

Ahora, precisamente en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, tópico cuestionado por **OLD**

MUTUAL, concluye esta Colegiatura que tampoco les asiste razón a la apelante en este punto, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de estos rubros al RPM. Este tema de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“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.”

Ahora bien, la orden a **COLPENSIONES** de recibir nuevamente a la demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, como erradamente lo argumentó en la alzada, pues el retorno de aquella va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

En cuanto a la prescripción propuesta tampoco tiene asidero en el particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Así las cosas, se adicionará la Sentencia en los términos indicados, confirmándose en los demás aspectos. Como se resolvió de forma desfavorable los

recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **OLD MUTUAL**, se les impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a devolver debidamente a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la señora **CLAUDIA LUCÍA LAÑAS NUÑEZ**, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad. En ese sentido, tanto **PROTECCIÓN S.A.** como **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, deberán devolver tales gastos de debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de estas, como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)