

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:	76001-31-05-006-2019-00299-01
DEMANDANTE:	LOURDES EMIR ZORRILLA HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, OLD MUTUAL SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 120 del 23 de junio de 2020.
JUZGADO:	Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 13
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 130

Hoy, diez (10) 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 procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 120 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LOURDES EMIR ZORRILLA HERNÁNDEZ** contra **COLPENSIONES, OLD MUTUAL SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **76001-31-05-006-2019-00299-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 112**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 6 a 16, y en las contestaciones militantes a folios 120 a 126 a 146, por parte de **COLPENSIONES**, 150 a 163 de **PROTECCIÓN S.A.** y la realizada por **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** militante a folios 201 a 214 del expediente virtual, 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. 120 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **OLD MUTUAL hoy SKANDIA**; ordenó a **COLPENSIONES** la admisión de la demandante; le impuso el pago de costas a cargo de las demandadas y ordenó a **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**, a, devolver a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante (frutos, intereses, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras, rendimientos y gastos de administración), así como todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado de **LOURDES EMIR ZORRILLA HERNÁNDEZ**, por el tiempo que este haya estado afiliada a la AFP; finalmente le impuso el pago de costas a cargo de las demandadas a excepción de **COLPENSIONES**.

Fundamentó su decisión en que dentro del proceso no se demostró por parte de la AFP, haber cumplido con el deber de información debida y transparente a la hora del traslado, conforme los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, estando ante una afiliación desinformada, la cual genera como consecuencia la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procede declarar la ineficacia del mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

Finalmente, la mandataria de **OLD MUTUAL SKANDIA S.A.** en resumen alegó que no era posible devolver todos los recursos descritos en la sentencia, ya que al haberse declarado la ineficacia del traslado, debía entenderse que la entidad nunca

administró los aportes del afiliado, y en ese sentido no se generaron los rendimientos, aunado a que los gastos de administración y comisiones fueron invertidos a fin de incrementar el capital del demandante.

También solicitó que se revoque el monto de las agencias en derecho, pues considera que el monto de las mismas es muy alto para la gestión que se debió realizar en el devenir del proceso, pues es un proceso que es de pleno derecho y en el cual no se realizó interrogatorio de parte.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 205 del 10 de mayo de 2021, se reconoce personería adjetiva a la Dra. GLORIA MAGDALY CANO, identificada con T.P. No. 224.177 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 09 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada **COLPENSIONES** presentó 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 del *A quo* al declarar la ineficacia del traslado del demandante al **RAIS**, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como aportes, rendimientos, frutos, intereses e incluso el porcentaje de gastos de administración se ajusta a derecho, una vez establecido lo anterior, se procederá a establecer si es factible revocar la condena en costas y las agencias en derecho impuestas en primera instancia.

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) Que LOURDES EMIR ZORRILLA HERNÁNDEZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones 13 de agosto de 1986 según da cuenta la historia laboral que reposa en la carpeta administrativa digitalizada. **2) Que el 16 de octubre de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la otrora AFP COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, (pdf 1 f. 166 del expediente digital) y que el 9 de diciembre de 2013 se trasladó a la **AFP OLD MUTUAL SKANDIA S.A.**, Administradora en la que actualmente se encuentra vinculado el demandante (f. 215 del expediente digital), **3) Que el demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia de traslado de régimen, para de esa forma retornar al RPMPD, petición despachada de manera negativa (f. 73 del expediente digital).**

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, 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.

Entre las obligaciones enrostradas 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., COLPENSIONES Y OLD MUTUAL SKANDIA** no probaron.

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 constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, 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.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó del actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos y los gastos de administración.

En este punto, 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** hoy **SKANDIA** 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 a dicha entidad todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la accionante, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

Respecto a la improcedencia de la devolución de los rendimiento, comisiones y gastos de administración, ordenada por el *A quo*, concluye esta Colegiatura que

tampoco le asiste razón a la apelante en este punto, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del 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, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM. Este tópico 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. (...)”

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas. No obstante, esta etapa no es la indicada para formular oposición al monto impuesto por tal, como quiera que el escenario propicio es una vez se profiera el Auto que aprueba la liquidación de las costas, motivo por el cual la Sala no hará pronunciamiento al respecto.

Al no salir avante el recurso de apelación interpuesto por **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia., fíjese la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho.

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 No. 120 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a devolver debidamente indexados a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la señora **LOURDES EMIR ZORRILLA HERNÁNDEZ**, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

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

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(ACLARACIÓN DE VOTO)**



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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