

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:	76001-31-05-015-2019-00625-01
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA RUBIO RENGIFO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 172 del 02 de julio de 2020
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 13

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 142

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 constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia de primera instancia No. 172 del 02 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA RUBIO RENGIFO** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **76001-31-05-015-2019-00625-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 122**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 2 a 9, al igual que en las contestaciones

militantes a folios 72 a 99 por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, y a folios 151 a 158 la de **COLPENSIONES**, 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. 172 del 02 de julio de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **PROTECCIÓN S.A.** **2)** En consecuencia, ordenó el traslado de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del a demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y gastos de administración debidamente indexados. **3)** A **COLPENSIONES** le ordenó recibir a la demandante como si nunca se hubiese trasladado, y **4)** Condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la AFP, que brindó una asesoría detallada a la demandante, conforme lo ha expuesto la Jurisprudencia Especializada Laboral y Constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación señalando, en estricta síntesis, haber brindado a la demandante toda la información necesaria al momento de trasladarse de régimen, para que tomara la decisión libre y espontánea, previo informe sobre las condiciones del RPMPD y el RAIS, y la consecuencias que implicaba estar en uno u otro. Expuso que antes de la Ley 1784 de 2014, las Administradoras de pensiones podían brindar asesoría verbal, sin que puedan concluirse en el presente asunto la existencia de vicios del consentimiento. Así mismo, alegó estar en desacuerdo con la orden relativa a devolver los gastos de administración, bonos pensionales, sumas de aseguradoras y demás, pues en lo atinente a los gastos de administración, afirmó que eran un descuento para el cual contaba con autorización legal, conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993, sumado a que la entidad hizo rentar el patrimonio de la actora como consecuencia de la gestión realizada, por lo que solo procede la devolución de los aportes y los rendimientos generados. De igual manera, indicó que las sumas destinadas para el seguro previsional cubren las contingencias de invalidez y muerte, siendo girados a

las aseguradoras correspondientes. Por último, se opuso a la condena en costas bajo el argumento de haber actuado de buena fe, concepto frente al que precisa, debió condenarse a **COLPENSIONES**.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 211, se reconoce personería adjetiva a la Dra. DANIELA VARELA BARRERA, identificada con T.P. No. 324.520 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 **PROTECCIÓN S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes, rendimientos, incluso el porcentaje de gastos de administración.

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 **OLGA LUCÍA RUBIO RENGIFO** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1985 y 1998 (Archivo 02 ED). **2)** Que en el mes de noviembre de 1998 la actora se trasladó al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliada a la fecha (fs. 10 a 121). **3)** Que el 22 de febrero

de 2013 la demandante suscribió formato de reasesoría pensional por parte de **PROTECCIÓN S.A.** 4) Que el 13 de febrero de 2019 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su afiliación al RAIS, petición a la que no accedió la entidad en comunicación de la misma fecha (fs. 51 a 54).

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO

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.**

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y

31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46292 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.** 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, **única prueba obrante en relación con el acto de la afiliación de la demandante**, 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.

Aunado a lo anterior, es menester dejar claro que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 años, se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella se trasladó al RAIS, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, **y entiéndase que lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico**, el cual no se convalida con el paso del tiempo, y mucho menos con la reasesoría que reposa en el expediente, 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 rendimientos y los gastos de administración.

Obra señalar que en cuanto a la devolución de los gastos de administración ordenada por la *A quo*, precisa esta Colegiatura, que dicha obligación surge como consecuencia de 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, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos 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. 31989, 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.”

Así mismo, tampoco debe verificarse si lo correspondiente aquellos gastos no reposan en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, como quiera que, desde la consecución del acto ineficaz, estos valores han debido ingresar al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos con cargo a sus propias utilidades, criterio expuesto por la CSJ – Sala de Casación Laboral en Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020.

Ahora bien, la orden a **COLPENSIONES** de recibir nuevamente a la demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas, basado en el argumento de haber actuado de buena fe, considera la Sala que tampoco le asiste razón al recurrente, como quiera que esta simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Luego, respecto de las costas solicitadas para **COLPENSIONES**, basta con decir que dicha entidad hace parte integrante del extremo pasivo del litigio, no estando legitimada para pregonar la imposición de condena por el concepto referido.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión confutada. Como se resolvió de manera desfavorable el recurso propuesto por **PROTECCIÓN S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de la citada.

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: CONFIRMAR la Sentencia No. 172 del 02 de julio de 2020,
proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali. .

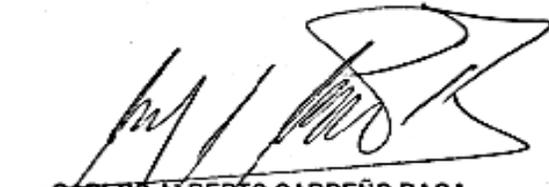
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**,
fíjense la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



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



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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