

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MARÍA CECILIA BASTOS SÁNCHEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. –PROTECCIÓN-
RADICACIÓN	76001310501320210033501
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 586

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como la consulta a favor de aquella en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 272 del 28 de septiembre de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 467

I. ANTECEDENTES

MARÍA CECILIA BASTOS SÁNCHEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - y a **PROTECCIÓN S.A. SA. PENSIONES Y CESANTÍAS** en adelante **PROTECCIÓN S.A.** –, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y se ordene trasladar a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones indicando que le ofreció a la demandante la asesoría y la información de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado y él tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria.

COLPENSIONES indicó que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece laboral del circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación a **PROTECCIÓN** de **MARÍA CECILIA BASTOS SÁNCHEZ** y ordenó a **PROTECCIÓN** a transferir a **COLPENSIONES** todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante entendiendo entre estos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, sumas adicionales tanto para garantizar el fondo de la pensión mínima como seguro previsional por las razones en la presente providencia. Ordenó a **Colpensiones** a contabilizar, registrar,

actualizar la historia laboral de la demandante conforme lo cotizado en el fondo privado en favor de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la orden de devolver los gastos de administración. Explicó que la comisión de administración son lo que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que de cada aporte del 16% del Ingreso Base de Cotización que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, su representada descontó el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Señaló que su representada ha administrado las cotizaciones de la demandante de forma eficiente, diligente y cuidadosa; lo cual se evidencia en los rendimientos financieros de la demandante; aduce que el descuento que realizó tiene fundamento legal y cumplió con el fin de generar rendimientos a favor de la demandante; que en virtud del artículo 1746 del C.C. que refiere a las restituciones mutuas, los gastos de administración son un fruto que debe permanecer en su representada por cuanto la demandante se obtendría como fruto los rendimientos.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que no se demostró la ineficacia del traslado por la falta de información; que no es procedente el traslado, en consideración a que le faltan menos de diez (10) años para cumplir la edad pensional, y que de mantenerse la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas judiciales de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES reiterara los argumentos expuestos en el juzgado, este último solicita que se indique en la sentencia cuáles conceptos se deben devolver a la AFP.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación, así como la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación a **PROTECCIÓN**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia y si la condena en costas se debe revocar.

Respecto al **deber de información**, las administradora de fondos de pensiones, desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que

consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, las cuales se aplican también en el caso de afiliación, pues el deber de información se debe cumplir por las AFP en cualquier escenario, ora por traslado, ora por afiliación por primera vez.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada

régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.

Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”

PROTECCIÓN no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Así las cosas, la sala considera que el juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN**.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia, si la AFP no cumplió con el consentimiento informado deberá trasladar el capital integro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, hacía **COLPENSIONES** junto con los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de

garantía de pensión mínima, bonos pensionales comisiones con cargo a sus propio patrimonio y los rendimientos, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C, esta Sala indica que las consecuencias serán las de tener por hecho que el acto de afiliación jamás existió, así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia”* en los siguientes términos:

“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

“(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que

los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)"

Por lo expuesto, se confirma la sentencia que ordenó a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante entendiendo entre estos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, sumas adicionales tanto para garantizar el fondo de la pensión mínima como seguro previsional, y SE PRECISA LA DECISIÓN, en el sentido de indicar que la devolución de los gastos de administración, sumas adicionales tanto para garantizar el fondo de la pensión mínima como seguro previsional se hará con cargo al propio patrimonio de la AFP y de forma indexada por los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda con el paso del tiempo.

Se mantiene la condena en costas impuesta a las demandadas por cuanto son objetivas y dichas entidades fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y precisa la sentencia consultada y apelada. COSTAS a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN a favor de MARÍA CECILIA

BASTOS SÁNCHEZ, inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo, a cargo de cada una, por concepto de agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 272 del 28 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que **PROTECCIÓN S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

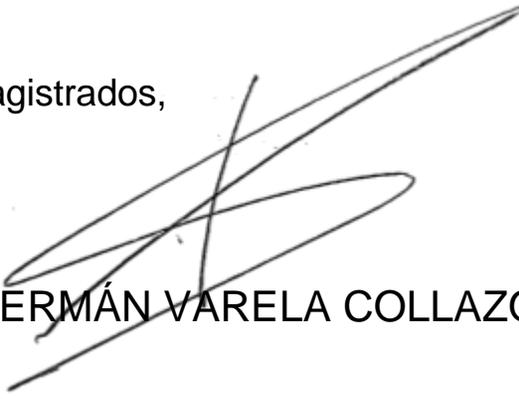
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** a favor de **MARÍA CECILIA BASTOS SÁNCHEZ**, inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo, a cargo de cada una, por concepto de agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

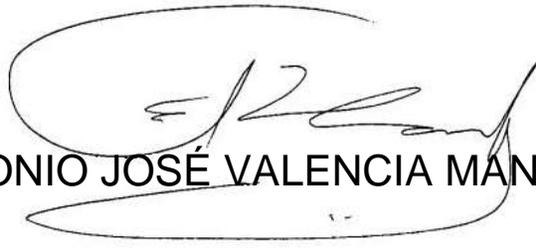
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4d3ce4169e2e1597196343851d50a9d5b84319c6445d116a9a5d97b8d78615d6**

Documento generado en 20/12/2022 12:01:19 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>