

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	GUILIANO MORINI CALERO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. LITISCONSORTE NECESARIO: COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
RADICACIÓN	76001310500320190022601
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 325

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de OLD MUTUAL y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 157 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 235

I. ANTECEDENTES

GUILIANO MORINI CALERO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **OLD MUTUAL** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **OLD MUTUAL** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **OLD MUTUAL** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y adujo que los documentos aportados con la demanda, la parte activa no se logra si quiera inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indica que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

OLD MUTUAL se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante efectuó el traslado de régimen a COLFONDOS S.A. y no intervino en él. Dijo que en su momento el demandante recibió de OLD MUTUAL una asesoría integral, clara, precisa y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse de administradora de fondo de pensiones y se le recordó las características del RAIS, su funcionamiento y las

diferencias con el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas. Propuso la excepción de prescripción de la acción, buena fe, entre otras.

COLFONDOS S.A. indicó que se allana a las pretensiones de la demanda de conformidad con el artículo 89 del Código General del Proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó GUILIANO MORINI CALERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a OLD MUTUAL la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, con los rendimientos y el porcentaje de los gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que el demandante cuenta con más de 52 años de edad y, cuando se trasladó estaba en pleno derecho de hacerlo, por lo tanto, el procedimiento estuvo de acuerdo a la Ley y goza de plena validez, pues su representada no se podía negar al traslado porque violaría el derecho de libre afiliación. Dijo que no es procedente el traslado por prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por estar próximo a la edad pensional; que con la declaratoria de nulidad se afecta la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto generaría una carga prestacional en cabeza de Colpensiones.

La apoderada judicial de OLD MUTUAL presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que la afiliación realizada por el demandante no es nula teniendo en cuenta que se afilió de manera libre, voluntaria y sin que mediara presión conforme a los artículos 13 y 272 de la Ley 100 de 1993; que no se cumplen los requisitos para la declaratoria de la nulidad o ineficacia, pues la firma del actor se encuentra suscrita en el formulario de vinculación y no existió ninguna presión que vulnerara su voluntad de afiliarse.

Adujo que el actor se afilió a distintas AFP, lo que ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS y no demostró su inconformidad ni el deseo de retornar al RPMD antes de encontrarse inmerso en la prohibición legal, por lo que no se le puede endilgar a su representada responsabilidades que solo tenía la parte demandante.

Indicó que en caso de confirmarse la sentencia se absuelva de la devolución de gastos de administración y costas procesales, por cuanto ha actuado conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 respecto a la correcta administración de los dineros de la cuenta individual y está legalmente autorizada para recibir los gastos de administración; que tampoco se deben devolver los rendimientos financieros teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil que trata sobre las restituciones mutuas y mejoras, y en este caso no se puede desconocer que se produjeron frutos y rendimientos.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

La apoderada de Colpensiones presentó escrito de alegatos y solicitó que se revoque la sentencia de instancia por cuanto la afiliación del actor al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía a la libre escogencia del fondo de pensiones (art 13 literal b / ley 100 de 1993), razón por la cual aduce que no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento. reitera que el actor se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para realizar el traslado de régimen.

ALEGATOS DE OLD MUTUAL

La apoderada judicial de OLD MUTUAL manifestó que al momento de la asesoría brindada al demandante por su representada, contó con un grupo de asesores idóneos y calificados, siempre prestos a brindar información correcta y veraz al accionante sobre todos sus interrogantes, buscando ofrecer las bases necesarias en miras a que las decisiones que se tomaran fueran las más benéficas para los afiliados; asesoría que se dio al momento de suscribir el formulario y de acuerdo a la normatividad vigente en la época del traslado, razón por la cual no cuentan con registro documental.

Aduce que sólo hasta el año 2014, con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, surgió la obligación para las administradoras de fondos de pensiones de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado. Reitero que no es viable al devolución de los gastos de administración.

ALEGATOS DEL DEMANDANTE

El apoderado judicial del demandante señala que se debe confirmar la nulidad del traslado del actor al RAIS porque nunca se le informó por parte de OLD MUTUAL, sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el de prima media, ni mucho menos de la posibilidad de retracto para que como lo han dicho los altos tribunales, se cumpla con la obligación no solo desde la etapa anterior a la afiliación sino hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y tampoco se le entregó el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS y a OLD MUTUAL. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a OLD MUTUAL de devolver los gastos de administración, rendimientos y la condena en costas procesales.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras 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 perjudicarle, 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.

En tal sentido, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a los fondos de pensiones desde su fundación; tampoco 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; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado ni con los traslados entre fondos, como equivocadamente lo dice la apoderada de OLD MUTUAL, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al 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.

COLFONDOS y OLD MUTUAL no demostraron que cumplieron con el deber, que les asiste desde su fundación de informar al 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de las demandadas de que el demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no del demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo que procede entonces, es la ineficacia de la afiliación, nulidad o ineficacia del traslado, como se quiera denominar. Respecto a esa

diferencia entre nulidad relativa y absoluta, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral precisó en la sentencia CSJ SL4369 de 2019 que:

*“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. **Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.***

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de

manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.”

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **OLD MUTUAL** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración ni los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante y de COLPENSIONES, en razón a que también recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. en la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las “*Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado*” 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).

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Lo anterior permite indicar que no le asiste razón a COLPENSIONES, cuando indica que la ineficacia del traslado declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la sentencia ordenó a OLD MUTUAL trasladarle todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración y los rendimientos.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración, se precisará el numeral segundo de la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de OLD MUTUAL. Igualmente se adiciona en el sentido de ordenar a COLFONDOS la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

En lo referente a las COSTAS impuestas a OLD MUTUAL, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de

apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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: PRECISAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 157 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a OLD MUTUAL de devolver el porcentaje de

los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. Igualmente se adiciona en el sentido de ordenar a COLFONDOS la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

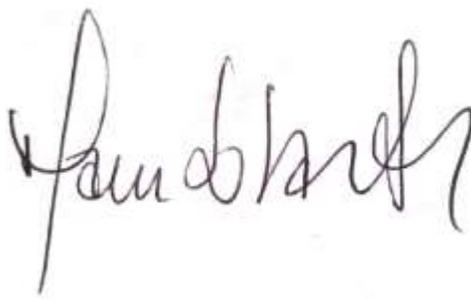
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

**9beafbf01ac9ca1821d01c8e8ce0f8180999ad2bb606e2fd065c55db9f8
c0ad1**

Documento generado en 30/11/2020 03:39:56 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>