



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA
(Aprobado mediante Acta del 2 de julio de 2020)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500620170053601
Demandante	Juan Manuel Hernández Garnica
Demandada	Colpensiones y Colfondos S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Modifica

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día dos (2) de Julio de dos mil veinte (2020), la **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados **ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA** y **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**, quien actúa como Ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; adopta la decisión con el fin de dictar Sentencia en el Proceso Ordinario Laboral promovido por **JUAN MANUEL HERNÁNDEZ GARNICA** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS**, la cual se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende el señor JUAN MANUEL HERNÁNDEZ GARNICA, que se declare la **NULIDAD DE TRASLADO** del régimen de prima media

con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., por no haber cumplido esta última con sus obligaciones legales y contractuales referentes al suministro de la información necesaria y completa, con las ventajas y desventajas para que se valide la afiliación al fondo y por ende el traslado de régimen.

Fundamentó sus pretensiones en, que nació el 23 de julio de 1952 y el 12 de enero de 1996 se trasladó a Colfondos S.A., pero que no le brindó la asesoría respectiva sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen.

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto el traslado de régimen se hizo de manera libre y voluntaria, por lo tanto considera que no se configura ningún vicio del consentimiento.

Colfondos S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y manifestó que no existió omisión por parte de la entidad al momento de brindar asesoría frente al traslado de régimen, que se le puso en conocimiento las ventajas y desventajas de dicha afiliación, por ende el demandante realizó la misma de manera consiente y voluntaria.

Propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación, validez de la afiliación, compensación, prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento, buena fe, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia n.º 97 del 29 marzo de 2019, **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, y la nulidad del traslado del demandante del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A, como consecuencia de ello, ORDENÓ a Colfondos S.A., trasladar todos los valores recibidos y sus rendimientos, además, el regreso automático del demandante al RPMD administrado por Colpensiones, y no **CONDENÓ** en costas.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Resulta importante anotar que la competencia de esta Corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo establece el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., por ello, conforme a lo previsto en las sentencias STL 8131-2017, 47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificados por los artículos 13 y 14 de la ley 1149 de 2007 se tiene que debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad en la que es garante la Nación.

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se centra en determinar, si procede la declaratoria de la nulidad del traslado entre regímenes; y como consecuencia si hay lugar al traslado del Régimen de Ahorro Individual, administrado por el Fondo Colfondos S.A., al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se encuentra probado que se realizó la respectiva reclamación administrativa ante Colpensiones el día 21 de marzo de 2017 (f.º 40).

Son hechos probados en el proceso, así lo ratifican los documentos aportados al plenario, los siguientes:

- ✓ Que para el 1º de abril del año de 1994, es decir, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993, el demandante señor JUAN MANUEL HERNÁNDEZ GARNICA tenía 41 años de edad, pues nació el 23 de julio de 1952 (f.º 3), y no contaba con 15 años de servicios cotizados o su equivalente en semanas; no siendo beneficiario del régimen de transición.
- ✓ Que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A, el día 12 de enero de 1996 –según formato de vinculación- (f.º 14).
- ✓ Que el señor **JUAN MANUEL HERNÁNDEZ GARNICA** presentó las siguientes cotizaciones:
 - Del 15/10/1992 al 01/02/1993 – con un total de cotizaciones al **régimen de prima media**, de **15,71** semanas.
 - Del 28/04/1994 al 30/11/1995 – con un total de cotizaciones al **régimen de prima media**, de **81,86** semanas.

Con un total de cotizaciones al RPM de **97,57** semanas, según se refleja en la historia laboral (f.º 39).

Así las cosas, procede esta Sala a verificar la validez del traslado de régimen pensional realizado por el demandante y si el mismo deviene ineficaz; al respecto, la Sala ha de realizar el correspondiente análisis, a partir de las pautas y criterios fijados en la Sentencia **SL 1688-2019** proferida por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en que esa corporación redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual, para garantizar la libre escogencia de los afiliados.

La Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, abordó el tema, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero.” (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los aspectos fundamentales a tener en cuenta para realizar el análisis jurídico del caso, tenemos lo siguiente:

Frente al Traslado de régimen:

El artículo 13 de la ley 100 de 1993 enuncia:

“Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional.”

Dicho numeral fue modificado por el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, expresa:

*“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. **Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**”* (negrillas y subrayas propias)

Supuesto que fue acogido en sentencia SU-062 de 2010 del 03 de febrero de 2010, por la Honorable Corte Constitucional.

En síntesis, en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho al traslado entre regímenes podía efectuarse **cada tres (03) años**, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 dicho lapso se incrementó **a cinco (05) años** y se agregó que **no podría trasladarse de régimen cuando un afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión**, si su traslado se produce a partir del año 2004.

Al respecto y en el caso particular de la demandante, se tiene:

- Para el **12 de enero de 1996** fecha de traslado del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a **COLFONDOS S.A.**, el señor JUAN MANUEL HERNÁNDEZ GARNICA realizó su afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la normatividad

vigente para esa calenda, (3 años), es decir, que su traslado por sí solo no genera ineficacia alguna.

Ahora bien, dado que no se encuentra probado al interior del proceso la existencia de una ineficacia en el traslado por contravención a los términos mínimos de permanencia, procede esta Sala a verificar si se encuentra afectado y por ende viciado el acto de afiliación, por haber faltado la entidad a los **deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo.**

En referencia al deber de información, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688-2019:

*“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).”*

(...)

“Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.” (Negrillas y subrayas propias)

En cuanto a las notas esenciales del deber de información, dijo:

*“Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros **información cierta, suficiente, clara y oportuna**, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

***La información cierta** es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. **La información suficiente** incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su*

futuro. **La información oportuna** busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.” (subrayas y negrillas propias)

Así mismo, y frente al alcance del deber de asesoría y buen consejo, expresó:

*“Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, **implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.***

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.” (Negrillas propias)

En el caso concreto, la parte demandante, alega que COLFONDOS S.A., omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues, no se demostró tal supuesto, la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que el demandante suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN* (sic)» el día 12 de enero de 1996 con Colfondos S.A.,—según formato de vinculación- (f.º 14), cuando tenía 44 años de edad, documento con el cual se corrobora en principio la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada y se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, en la sentencia **SL 1688-2019**, quien al respecto ha sostenido que:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.”

De las pruebas no se avizora que la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A., haya cumplido con la obligación de suministrarle al afiliado la información que le permitiera entender las consecuencias de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la sentencia SL 31989, 9 sep. 2008, cuando precisó:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.”

No se garantizó que la información suministrada por la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A., al demandante, estuvo orientada por un consentimiento informado, es decir, no se ha acreditado que la decisión adoptada estuvo provista de la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, dado que desconocía la incidencia que su decisión tendría, en cuanto a los requisitos, modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro, dentro del régimen de ahorro individual, en comparación con el régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido lo señaló la CSJ SL 12136-2014 cuando dijo que *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito*

de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla».

Ahora bien, en lo atinente a la carga de la prueba, resulta apenas lógico, que una vez el afiliado realiza la manifestación de no haber recibido la información debida al momento de la afiliación, es a la respectiva AFP, a quien le corresponde acreditar que suministró la asesoría completa, cierta, suficiente, clara y oportuna. En esos términos lo afirmó la Corte en la sentencia **SL1688-2019**, ya enunciada,

“En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de COLFONDOS S.A., mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida al demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del Decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrojadas al plenario, junto al deber de información que le asistía a la AFP, quien soporta la carga de la prueba en relación con el cumplimiento a ese deber, corroboran el hecho de que el traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS, deviene INEFICAZ, dado el incumplimiento al deber de información por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala.

Advierte esta Sala, que, frente al tema de los gastos de administración, los mismos se encuentran a cargo de la parte demandada COLFONDOS S.A., pues así lo ha señalado la CSJ en la Sentencia SL1421 de 2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ

SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrino:

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.

En consecuencia, esta Sala habrá de **MODIFICAR** parcialmente el ordinal primero de la Sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A., el traslado de los aportes y rendimientos, junto con los gastos de administración.

Conforme lo anterior, habrá de confirmarse en lo demás la sentencia proferida en primera instancia. Sin Costas en esta instancia, dado el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cali, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero.- MODIFICAR parcialmente el ordinal primero de la Sentencia n.º 97 proferida el 29 de marzo de 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a

COLFONDOS S.A., el traslado de los aportes y rendimientos, junto con los gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

Segundo.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia n.º 97 proferida el 29 de marzo de 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

Tercero.- Sin COSTAS en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes en ESTADOS ELECTRÓNICOS

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado