



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de marzo dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016-2020-00352-01
Juzgado de origen:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Ramona Scarpeta Perico
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	19

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 243 emitida el 08 de noviembre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado del RAIS administrado por Porvenir S.A. al RPM en Colpensiones, efectuado el 01 de junio de 1996, para que se entienda que se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones

los aportes pensionales y rendimientos propiedad de la señora Ramona Scarpeta efectuado en la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses moratorios o de forma subsidiaria, se indexe las sumas adeudadas. Finalmente, requiere se condene en costas a cargo de las demandadas, se conceda lo *ultra y extra petita* y se imponga multa a Porvenir, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el literal b del artículo 13 *ibídem*. (Pág. 2 a 15 – Archivo 01 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

La demandada Colpensiones, mediante escrito visible en las páginas 29 a 37 (archivo 07) y Porvenir S.A., mediante anexo en las páginas 01 a 24 (archivo 08), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 243 emitida el 08 de noviembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el regreso de la señora Ramona Scarpeta Perico al RPM. **Cuarto**, ordenar a Porvenir a que una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones. **Quinto**, condenar en costas a la parte vencida en juicio.

3.2. Para adoptar tal determinación, señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. En caso de omitir dicho deber por parte del fondo, se debe declarar la nulidad del acto de afiliación, pues no basta la firma en el formulario de afiliación para demostrar la asesoría brindada.

Concluyó que conforme a las pruebas aportadas no se evidencia que el fondo privado hubiese otorgado la información completa y veraz al momento del traslado, indicó que

del interrogatorio de parte no se extrae una confesión que pudiese comprometer a la demandante y el formulario de afiliación suscrito no resulta ser suficiente para probar la asesoría brindada por parte de Porvenir S.A. Además, es claro que el monto de la pensión llevó a la actora a iniciar la demanda, basado en la falta de información por parte del fondo; por lo anterior, debe declararse la ineficacia del traslado.

Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

Señaló, en resumen, que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, más cuando se trata de una potestad exclusiva en cabeza de la demandante. Además, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse por contar con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Manifestó que en caso de confirmar la sentencia, se debe ordenar a Porvenir la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación, asimismo, las comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, junto con los rendimientos que se hubiesen producido.

Finalmente, señaló que se debe absolver de las costas impuestas a Colpensiones, ya que actuó de buena fe y fue un tercero interviniente cuyo traslado no dependía de la entidad.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Indicó que no se comprobó la existencia de vicios en el consentimiento al momento de efectuar el traslado de régimen, necesarios para que se configure una nulidad del acto jurídico. Insistió que la actora suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, manteniéndose durante todo el tiempo transcurrido. Recalcó que en la

época del traslado no existía la obligación de otorgar la información en los términos descritos por la juez de primera instancia, que la actora tenía plena capacidad, por tanto, sobre ella recargaba el deber de informarse y demostrar el engaño. Por lo anterior, solicitó se absuelva de las condenas impuestas a Porvenir S.A.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Colpensiones y Porvenir S.A.:

Porvenir S.A. y la parte actora, dentro del término legal presentaron alegatos de conclusión mediante escritos visibles a folios 01 a 06 Archivo 05 PDF y 01 a 06 Archivo 06 PDF (cuaderno Tribunal), respectivamente. Colpensiones guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, primas, asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Colpensiones?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen

elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Porvenir 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada *–cuando no imposible–* o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones² y Porvenir S.A.³, el formulario de afiliación⁴, el historial de vinculaciones de Asofondos⁵, la relación de aportes⁶ y el certificado de bono pensional⁷, que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 18 de noviembre de 1988 al 31 de octubre de 1994.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, la accionante solicitó el traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 06 de noviembre de 1997, haciéndose efectiva a partir del **1° de enero de 1998**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no recibió un estudio pensional al momento del cambio de régimen como tampoco se le informó el valor que sería su pensión, ni la proyección de la misma, ni siquiera se mencionaron las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS o al RPM.

Durante el interrogatorio de parte (Min. 37:28 – archivo 13), la demandante manifestó que se afilió a la AFP por las bondades que ofrecieron, mencionaron que el Seguro Social se iba a liquidar y los afiliados se verían afectados; además, explicaron que podía obtener la pensión más alta y antes de cumplir la edad. Expresó que confió en los beneficios que la AFP otorgó, no obstante, las ofertas ofrecidas no eran ciertas.

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante la

2. Pág. 20 a 21 – Archivo 21 - PDF

3. Pág. 91 a 99 – Archivo 08 - PDF

4 Pág. 60 – Archivo 08 - PDF

5 Pág. 58 – Archivo 08 - PDF

6 Pág. 76 a 90 – Archivo 08 - PDF

7 Págs. 74 a 75 – Archivo 08 - PDF

información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches de la apoderada de Colpensiones concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS y que se encuentra cerca de cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la demandante.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones y primas. Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos

financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto.

En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a retornar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones y primas. Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo

anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la *litis* es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demandada.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Protección S.A., en favor de la actora, teniendo en cuenta la no prosperidad del recurso de apelación. Se absuelve de dicha condena a Colpensiones, debido a que resultó parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones y primas. Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Porvernir S.A. en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



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