



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
-SALA LABORAL-

Santiago de Cali, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA NÚMERO 169

Acta de Decisión N° 055

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 066 del 17 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **JULIANA WIESNER DELGADO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, asunto identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-005-2022-00393-01.

ANTECEDENTES DEMANDA

HECHOS

1. Que mi prohijada, la señora **JULIANA WIESNER DELGADO**, nació el 21 de febrero de 1975, por lo cual a la fecha cuenta con más de 47 años de edad.
2. Que mi prohijada estuvo afiliada al extinto "ISS" hoy "COLPENSIONES", desde el 07 de diciembre de 1994, hasta el mes de agosto de 1998.
3. Que, para la época de 1998 abordaron a mi prohijada asesores de "PORVENIR S.A." para que se trasladara de régimen pensional a partir de septiembre de 1998.
4. Que, para efectuar el traslado del punto anterior, "PORVENIR S.A." se abstuvo de la obligación legal de entregar a la demandante toda la información referente al traslado de régimen que, desde la época, el Decreto 663 de 1993 obligaba a las AFP.
5. En ese sentido, resultaba necesario y obligatorio que el Fondo de Pensiones "PORVENIR S.A.", proporcionara a la demandante una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones



que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus consecuencias futuras.

6. Que, era obligación legal además de ser la AFP PORVENIR S.A. la experta en temas pensionales, brindar toda la información sobre las consecuencias del traslado de régimen, los pormenores, las bondades y deficiencias, al igual que las proyecciones pensionales en uno y otro régimen para que mi prohijada tomara una decisión totalmente informada.
7. Que, la demandante al 30 de junio de 2022, según historial laboral entregado por PORVENIR S.A., cuenta con un total de 688 semanas cotizadas entre los dos regímenes.
8. Que, a la demandante el día 01 de septiembre de 2022 y a través de la Radicación N° 2022_12544161 le fue recibida por parte de "COLPENSIONES" solicitud de traslado de régimen.
9. Que a mi prohijada a través del documento 2022_12544161-32568923 del 01 de septiembre de 2022, le fue resuelta NEGATIVAMENTE la solicitud de traslado de régimen por parte de "COLPENSIONES".

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se **DECLARE** la **NULIDAD ABSOLUTA** o ineficacia del contrato o afiliación a través del cual, la señora JULIANA WIESNER DELGADO se trasladó en el año de 1998 del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – Administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PORVENIR S.A.".
2. Que se **CONDENE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", a que **ACEPTE EL TRASLADO** de la señora JULIANA WIESNER DELGADO del RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – Administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PORVENIR S.A.", a esta ADMINISTRADORA del Régimen de Prima Media sin solución de continuidad.
3. Que se **CONDENE** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que **TRASLADE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" todos los aportes y rendimientos que posee la señora JULIANA WIESNER DELGADO en su cuenta individual incluyendo cuotas de administración.
4. Que se **CONDENE** a las demandadas a que reconozcan y paguen las costas y agencias en derecho que se causen.

REPLICAS DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 3°, 8° y 9°, en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.**

PORVENIR S.A. indica que, son ciertos los hechos 1°, 2° y parcialmente el 7°, respecto del resto señala que no son ciertos y/o no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y presentó como excepciones de fondo:



**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN;
FALTA DE CAUSA PARA PEDIR-INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE;
IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN EN CASO DE
CONDENA; RESTITUCIONES MUTUAS Y EXCEPCIÓN INNOMINADA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 066 del 17 de marzo de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO probadas las excepciones de mérito presentadas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por **JULIANA WISNER DELGADO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora **JULIANA WISNER DELGADO**, junto con sus rendimientos.

CUARTO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a que una vez la **AFP PORVENIR S.A.** de cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de cada uno de la demandante **JULIANA WISNER DELGADO** y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

SEXTO: CONDENAR en costas a las accionadas y a favor del demandante, incluyéndose en la liquidación de las mismas, por concepto de agencias en derecho, la suma de un salario mínimo a cargo de cada una de ellas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada por parte de **COLPENSIONES**, se ordena remitir el expediente en Consulta al Tribunal Superior de Cali.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial manifiesta que, se opone y/o modifique lo dispuesto en los numerales 4° y 5° del fallo, pues la entidad no se opuso al traslado de los rendimientos y se aportó certificado del comité de conciliación; que se allegó al proceso misiva a través de la cual se le informó a la demandante antes de estar a 10 años o menos de cumplir la edad para que se



acercara al fondo y tomara la decisión de que régimen le convenía más; que al contar la demandante con 700 semanas le favorece más el RAIS porque es independiente y con salario mínimo, teniendo que trabajar más años y en dado caso la devolución de saldos es más favorable que la indemnización sustitutiva en caso de no alcanzar el cumulo de capital para pensionarse y/o semanas requeridas.

Indica que, la legislación establece que sobre los gastos de administración se incluye la prima de seguro previsional, lo que beneficia al afiliado en caso de una pensión de invalidez o sobrevivencia, en todo caso de no haberse trasladado no se hubieran generado gastos de administración y los mismos no fueron pedidos en la demanda, no siendo procedente ejercer las facultades ultra y extra petita, por cuanto los gastos no son un derecho fundamental irrenunciable del afiliado, por otro lado, de permanecer en Colpensiones se los hubieran cobrado; que dentro de la cuenta de ahorro individual se establece que la mayor parte del capital corresponde a rendimientos lo que demuestra la buena gestión del fondo que representa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

El presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de **COLPENSIONES** por ser adversa a la entidad y de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por la señora **JULIANA WIESNER DELGADO** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** y en consecuencia establecer si es procedente el retorno de la demandante al RPMPD regido hoy por **COLPENSIONES** junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, indexación, prescripción y costas procesales.



Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021:**

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían 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.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de: «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos



de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP’S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o 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, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**



En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹ se ha edificado la tesis que corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP'S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

En cuanto al **interrogatorio de parte**³ la praxis judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

² ibidem

Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

³ SL 3349 del 28/07/2021

Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP



AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**⁴ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁵ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Aunado a lo anterior, es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

4 SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

⁵ Ibidem

En la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.



“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Por último, conviene precisar que la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia. En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Caso concreto

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, la señora **JULIANA WIESNER DELGADO** manifiesta insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, obra en el sumario Certificación de Afiliación de **PORVENIR S.A.:**



CERTIFICA QUE:

JULIANA WIESNER DELGADO, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía **66.924.363**, se encuentra afiliado(a) al **Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir** desde el 01 de septiembre de 1998.

La presente certificación se expide el 03 de noviembre de 2022.

Conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar a la demandante: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es insuficiente y no se logra acreditar por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento del deber de información para con la demandante bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen.

Se esgrime por el apoderado de **PORVENIR S.A.** que obra misiva del año 2020 donde le informan a la demandante la posibilidad de trasladarse antes de cumplir sus 47 años, ciertas características y beneficios de Colpensiones y Porvenir:

Bogotá D.C., 11 de febrero de 2020

Señora
JULIANA WIESNER DELGADO
julianawd9@gmail.com
87432 1/2

Ref. Rad. Porvenir. N.A.
CC: 66.924.363
T.N. N.A.

Recibe un saludo cordial,

Juliana, hoy comienza la cuenta regresiva para que escojas en dónde pensionarte.

¿Sabías que según la ley¹, solo tienes hasta los 46 años para decidir si quedarte en Porvenir o trasladarte a Colpensiones? de no tomar una decisión, una vez cumplidos los 47 años de edad, no es posible realizar el traslado.

Pese a lo anterior, de vieja data se ha determinado que el acto de traslado de régimen que sea ineficaz no es subsanable con acciones posteriores al mismo tendientes a informar al afiliado de aspectos que debieron proporcionársele al



mismo de manera oportuna y se predique un consentimiento informado del mismo, además la conveniencia de un régimen u otro para la demandante no fue objeto de discusión, pues el debate orbitó en determinar la eficacia del acto de traslado, configurándose por todo lo anteriormente expuesto la ineficacia deprecada, por ende, habrá de confirmarse el fallo en este sentido.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

Como la consecuencia de la ineficacia es la eliminación del traslado de régimen en el historial de movimientos y afiliaciones pensionales de la señora **JULIANA WIESNER DELGADO**, es decir, retrotraer todo al estado inicial de afiliación de la promotora con el RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, deviene en la obligación por parte de la AFP del RAIS transferir los recursos pensionales de la demandante obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a **COLPENSIONES**, toda vez que, dichos recursos serán utilizados para la financiación de la eventualmente prestación pensional a que tenga derecho la demandante en el RPMPD, ello incluye, saldo de la cuenta, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que transgredió su deber de información, por lo que el A quo si cuenta con facultades ultra y extra petita para ordenar dichos rubros en favor del ente público.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia de traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, por lo tanto, el fondo del RAIS debe asumir el menoscabo del bien administrado, en razón de que, la ineficacia que se configura es la secuela de la conducta de la AFP al haber omitido brindar información adecuada, oportuna, clara, comparada y suficiente al afiliado al momento del traslado.

En cuanto a la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación, por tal razón se revocará este ítem y en su lugar se le impondrá al fondo privado retornar las sumas con sus respectivos rendimientos.



Inspeccionado el fallo de primer grado se encuentra que, los recursos para financiar la prestación de la demandante en el RPMPD fueron ordenados en gran medida por el A quo, empero, habrá de complementarse para ordenar a **PORVENIR S.A.** retornar a la demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

Prescripción

La pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible al tratarse de una pretensión declarativa de la cual emana derechos a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, ello de conformidad con el artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁷, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal

⁶ "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

⁷ CSJ - SL2946-2021 "En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que 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). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa 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».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)."



a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, por lo que el artículo 365 numeral 1 del C.G.P. impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, para lo cual solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto se observa que **COLPENSIONES** se opuso y propuso excepciones contra las pretensiones de la demanda, por lo tanto, al ser vencida en juicio resulta procedente la imposición de costas a su cargo, sin modificación alguna de esta condena en sede de consulta del fondo público.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** por la no prosperidad de su recurso.

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia N° 066 del 17 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** retornar a la señora **JULIANA WIESNER DELGADO** las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.
- **REVOCAR** la obligación de indexar los recursos objeto de traslado y en su lugar **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar los recursos, comisiones, gastos y demás con sus respectivos rendimientos, **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**



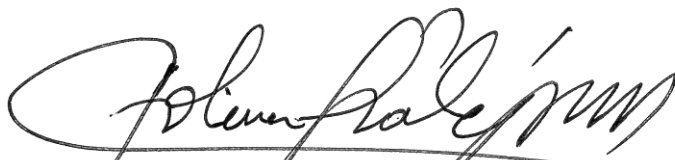
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia N° 066 del 17 de marzo de 2023, emanada del Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia.

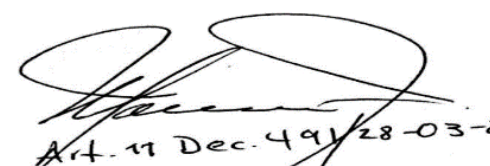
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** como agencia en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 en favor de la demandante **JULIANA WIESNER DELGADO**.

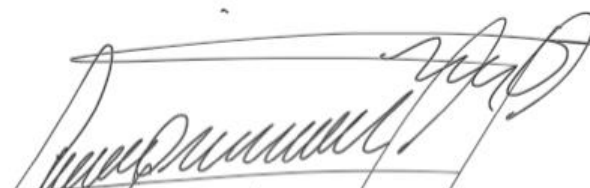
CUARTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado Ponente


Art. 11 Dec. 49128-03-202
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado Sala

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 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: **4665e8d7765d89297b6a2b14345728fa9d4d5996eb5cdaa8ca95b352e75000b9**

Documento generado en 20/06/2023 07:17:32 PM

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