

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Helmer de Jesús Suárez Carvajal
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 19 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADOS	05001 3105 019 2021 00513 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 182 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado – declaratoria de confeso no cumple requisitos
DECISIÓN	Revoca y acoge pretensiones

En la fecha, **veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Helmer de Jesús Suárez Carvajal**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **019 2021 00513** 01.

Auto

En la forma y términos de la sustitución de poder allegada a esta instancia, se reconoce personería al abogado **Fredy Alonso Peláez Gómez**, para continuar con la representación de la parte demandante en este trámite. Y a la Dra. **Paula Andrea Arboleda Villa**, para

asumir la defensa de la AFP Porvenir S.A.

La Magistrada ponente, en atención a lo regulado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en acta Nro. 26 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Se orientan las pretensiones de esta acción a que se declare que la AFP Porvenir S.A. engañó al demandante con el fin de trasladarlo al RAIS, y por ello, tal acto es ineficaz y se le debe tener siempre inmerso en el RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, debiendo esta entidad admitir su retorno. Pide condenar a la AFP a restituir a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos, etc., con los rendimientos que se hubieren causado, y que pague con su patrimonio los descuentos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 7º de la Ley 797 de 2003; condenar a Colpensiones EICE a recibir los valores a retornar. Ruega también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 05 de enero de 1961**, comenzó a cotizar a pensiones en el RPM a partir del 02 de agosto de 1979, con empleadores privados; a Partir del mes de julio de 2003, *debido a un escueto asesoramiento, efectuó traslado de régimen pensional, afiliándose al RAIS, AFP Horizonte hoy Porvenir S.A..* Que *las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar una información completa, cierta y comprensible, tanto para aquel con dominio del Sistema General de Pensiones, como para personas con desconocimiento del tema, para efectos de tomar la decisión de trasladarse de régimen.* Que la sociedad accionada nunca le anunció o le comunicó que el posible monto de la pensión no

sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podía disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado; tampoco le comunicaron que en el evento de un reconocimiento de pensión en el RPM, esta se podría calcular de acuerdo con las semanas y salarios cotizados en los últimos diez años, que la pensión sería vitalicia y se incrementaba con base en el IPC, ni se le hizo estudio previo, individual y concreto de ventajas y desventajas del traslado de régimen, incumpléndose el deber de diligencia y la responsabilidad profesional, por lo que tal movilidad no se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones, pues fue inducido en error, y si se le hubiere suministrado información veraz y suficiente no habría tomado tal decisión, existiendo un vicio en su consentimiento que hace viable la declaratoria de ineficacia de la movilidad entre regímenes. Que si se analiza su historia laboral el capital acumulado es insuficiente para financiar una pensión mínima, por lo que tendría que aplicar a la garantía mínima, y en el RPM obtendría una mesada superior, pues de acuerdo con los IBC su IBL sería más alto. Que el 05 de marzo de 2021, petitionó a Porvenir copia de su expediente y formulario de afiliación, expidiéndosele historia laboral y solicitud de traslado, y el 15 del mismo mes solicitó a Colpensiones el traslado de régimen.

En auto del **15 de diciembre de 2021**, se **admitió** y ordenó dar trámite a la acción; enteradas de la actuación las entidades demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos la fecha de nacimiento del demandante y las cotizaciones a esa entidad con empleadores privados; los demás supuestos son circunstancias ajenas a su conocimiento, ateniéndose a lo que resulte probado. **Resistió** las

pretensiones; expuso los fundamentos y razones de derecho y formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de vicios en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas, compensación, devolución de cuotas de administración, y la innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.**, no le consta la fecha de nacimiento del demandante, tampoco la afiliación al ISS por ser administradora ajena a esa sociedad; sobre el hecho segundo dice no ser cierto como se presenta, *pues el demandante suscribió formulario de afiliación a mi representada el 14 de mayo de 2003, y su afiliación se hizo efectiva el 01 de julio de 2003, de acuerdo con el reporte SIAFP, que el traslado de régimen que efectuó el actor se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose además la debida asesoría. **Es importante resaltar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010.*** No es cierto que no le anunciaran o informaran que el monto de la pensión quedaba sujeto a los rendimientos y capital, que podía disminuir si el valor de las tasas de interés fuere inferior, pues el traslado de régimen se efectuó dando cumplimiento a las obligaciones legales vigentes para la fecha, *efectuándose además la debida asesoría. Insiste en que: la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de la afiliación, surge únicamente con la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010,* debiendo el demandante someterse a las condiciones del sistema por el que optó. Los requisitos del RPM no le constan porque no corresponden al régimen al que pertenece Porvenir S.A.; sobre la no realización de estudio previo, individual y concreto de ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen, dice que ***para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo que fueron impuestas solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, el Decreto 2071 de***

2015 y la Ley 1748 de 2015. Frente al hecho **séptimo**, referido a la no manifestación libre, espontánea y sin presiones al momento de trasladarse de régimen, por falta de información, afirma la AFP que no es cierto y se falta a la técnica jurídica, pues se trata de una percepción del demandante sobre su situación, y en todo caso el traslado se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes. Sobre la insuficiencia del capital para financiar una pensión mínima en el RAIS, indica que es una apreciación incompleta y descontextualizada de un documento al que se remite. La fórmula de liquidación de la pensión en el RPM no le consta por no corresponder Porvenir a ese régimen. La consideración frente al monto del IBL de haber permanecido en el RPM no es un hecho sino una apreciación del afiliado, debiendo este *someterse a las condiciones del sistema por el que optó y puede verse beneficiado o perjudicado, en función de factores como su fluctuación en el mercado de trabajo, la evolución de sus salarios y otras variables que bien pueden acarrear mayores o menores réditos respecto de las prestaciones que hubiera podido conseguir en uno y otro régimen.* Los demás supuestos no le constan o son un resumen incompleto o descontextualizado de documentos a los que se remite. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones al ser el traslado de régimen completamente válido; expuso los hechos, fundamentos y razones de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Impuso costas al demandante a favor de las accionadas y fijó el monto de las agencias en derecho.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito, en la que absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, pues con el formulario de afiliación, suscrito el 14 de mayo de 2003, más el indicio grave en su contra por no asistencia a la audiencia regulada en el artículo 77 del CPT, y la presunción de

certeza del hecho de haber recibido asesoría bajo los parámetros y elementos exigidos para la época, al no haber comparecido a absolver interrogatorio, lo que no es desvirtuado, llevan a concluir que Porvenir actuó con diligencia al momento de su vinculación al RAIS.

Al no interponerse recurso de apelación y ser la decisión totalmente adversa a los intereses del demandante, se conoce de la misma en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar **alegatos** hizo uso **el apoderado judicial del demandante**, cuestionando el hecho de darse por demostrado por el juzgado de primer grado el cumplimiento del deber de información brindado por la AFP al momento del traslado de régimen pensional a partir de la declaratoria de confeso por inasistencia a la audiencia del artículo 77 del C. P. T y a absolver interrogatorio, estimando que en ello no se observó el debido proceso. En el escrito se hace alusión a las pretensiones de la demanda; al contenido de la audiencia, resaltando los momentos que considera de interés para la defensa de su representado; a la respuesta de Porvenir S.A., en la que se hacen afirmaciones genéricas, y del mismo modo se procedió con la declaratoria de confeso; al formulario de afiliación, y a la calidad de la información para que se entienda satisfecha la obligación de las AFP, y para concluir, solicita se revoque la providencia revisada y se acojan las pretensiones.

El **apoderado de Colpensiones**, solicita confirmar la decisión, *toda vez que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento..., con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR, y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante no logró demostrarse dentro del debate procesal y en este sentido el demandante se encuentra válidamente afiliado al Rais.*

La apoderada de la AFP Porvenir S.A., luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia, refiere que en este asunto no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, y teniendo en cuenta la declaratoria de confeso aplicada y el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, la que se debe valorar bajo la regulación para la fecha del acto, no se dan los supuestos para la prosperidad de las pretensiones, y al ser válida la vinculación al RAIS, no hay lugar a devolver suma alguna, sumándose a ello que los gastos de administración están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, descuentos que para el caso cumplieron cabalmente su cometido, generándose para la demandante frutos o rendimientos que se ven reflejados en su cuenta de ahorro individual, y contando con las coberturas en los riesgos de invalidez y muerte, atentándose contra la lógica jurídica y constituyendo un enriquecimiento sin causa el reembolso de estos rubros, debiéndose también ponderar la estabilidad financiera, tal como se explicó en sentencia de unificación de la Sala Especializada de esta Corporación, con fecha 14 de agosto de 2019. Sobre la condena en costas, indica que la AFP siempre actuó de buena fe.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados se tienen, **la fecha de nacimiento del demandante, el 05 de enero de 1961;** a afiliación al sistema pensional RPM administrado por el entonces ISS el 02 de junio de 1979, efectuando aportes interrumpidos hasta el 30 de abril de 1997, con posterior traslado al RAIS, AFP Porvenir S.A.,

mediante formulario suscrito el 14 de mayo de 2003, fondo al que continua efectuando sus cotizaciones.

De acuerdo con el recuento realizado, y conociéndose en grado jurisdiccional de consulta para el demandante, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y con ello, a su inmersión automática en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, con las correspondientes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden; o si por el contrario, como lo consideró el a quo, ante la inasistencia a la audiencia del art. 77 del CPT y de la S.S. y el indicio grave que ello conlleva, sumado a la inasistencia a la audiencia en que debía absolver interrogatorio, es válida la declaratoria de confeso en la que se fundó la decisión absolutoria.

Pues bien. Ha sostenido la línea **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, la carencia de efectos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una **suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras**, existiendo unas reglas decantadas, según las cuales, el tránsito entre regímenes debe realizarse de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que implica la existencia de una previa asesoría, teniendo en cuenta la regulación de ley según la fecha, para el caso, 14 de mayo de 2003, primer estadio:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de	Arts. 13 literal b), 271 y	Ilustración de las características,

información	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 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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
-------------	---	---

Información que debe brindarse al momento del acto de traslado y no en tiempo posterior, pues un dato es oportuno si es útil, estando la carga de la prueba en cabeza de las AFP, sin que su omisión se sanee por el paso del tiempo, actos de relacionamiento, reasesoría posterior, o movilidad entre administradoras, ni se requiera para su exigencia la existencia de una expectativa legítima, o ser beneficiario de régimen de transición, **ni se infiera del formulario que solo contiene datos generales**, cuya firma implica la manifestación de un consentimiento pero no de la debida información; generando el incumplimiento de este deber por parte de los fondos de pensiones la ineficacia del acto de movilidad entre regímenes, en los términos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sin que la acción tendiente a ello se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, siendo la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia que las cosas se retrotraigan al momento previo al acto de traslado, lo que implica restablecer la afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, hoy administrado por Colpensiones, entidad que debe consolidar la historia laboral, y para la AFP la obligación de restituir al fondo público la totalidad de los aportes efectuados por el afiliado, los rendimientos y demás recursos existentes en su cuenta de ahorro individual – **salvo los aportes voluntarios, al tener regulación específica y no tener**

aplicación en el RPM, incluyendo las cuotas de administración descontadas durante la permanencia en la AFP ,(que en los términos dela artículo 20 de la Ley 100 de 1993, comprenden tal concepto, al igual que los porcentajes aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima), estas últimas debidamente indexadas y con cargo a los recursos del fondo privado, resultando innecesario efectuar una extensa citación sobre el particular, y menos relacionar por radicación la gran cantidad de decisiones proferidas por la alta corporación hasta la data actual, bastando, para el caso, traer a colación lo explicado en la providencia **SL843-2022**, radicación 85499, con fecha **16 de marzo de 2022**, en la que se casó sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que negó la ineficacia de traslado de régimen solicitada por la parte demandante, con argumentos que resultan plenamente aplicables al caso a estudio, por lo que se transcriben, pues en esa ocasión la segunda instancia adujo:

...que no resultaba procedente aplicar el precedente jurisprudencial desarrollado por esta Sala de la Corte, en torno a la ineficacia del traslado, dado que para ello se requería que el demandante tuviera un derecho consolidado, una expectativa legítima o fuera beneficiaria del régimen de transición; que además de la suscripción del formulario de afiliación y del traslado entre los diferentes fondos privados, se infería que el promotor del proceso tomó su decisión de trasladarse de régimen pensional debidamente informada, además de forma libre y voluntaria

Y la Corte desarrolló la temática explicando que:

Bajo ese contexto, el problema jurídico que debe abordar la Sala, se circunscribe a establecer, si el Tribunal aplicó en debida forma las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, para lo cual, debe determinarse si al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional por parte del demandante, su decisión fue debidamente informada en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia.

Pues bien, desde ya se advierte, que la razón se encuentra del lado de la parte recurrente, por lo que pasa a explicarse a continuación:

La Sala ha sido reiterativa en señalar que, ni la jurisprudencia desarrollada por la Corporación y, mucho menos, el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social, prevén como requisito para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima; por el contrario, se ha estimado que para que resulte viable la referida declaratoria, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información, ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021); de manera, que el Tribunal se equivocó al señalar, que al presente asunto no resultaba aplicable las reglas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado, pues como quedo visto, las situaciones fácticas echadas de menos por ese juzgador, no resultan ser un presupuesto esencial para que puedan aplicarse los lineamientos de la Sala en relación con la ineficacia pretendida en el sub judice.

También consideró el Tribunal, que la administradora de pensiones suministró la información suficiente al momento del traslado, lo que infirió esencialmente de la suscripción por parte del accionante de los diferentes formularios de afiliación y de los traslados entre varias administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, planteamientos que igualmente resultan equivocados, puesto que la Corte de manera pacífica y reiterada ha sostenido, que de la firma del referido documento, no es posible inferir que la decisión de cambio de régimen pensional fue debidamente informada, pues para ello se requiere que la AFP acredite que efectivamente le brindó al afiliado una información completa, clara, integral y oportuna acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y funcionamiento del RAIS.

... En efecto, los formularios de afiliación a Porvenir S.A. (fl.194), Skandia S.A (fl.161) y Colfondos S.A.(fl.39), solo contienen datos básicos y generales del afiliado y, si bien resulta cierto que como lo señala la parte opositora Old Mutual S.A, tales documentos contienen una declaración de voluntad suscrita por la promotora del proceso, lo cierto es que, por ese solo hecho no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además, no puede considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica; o

con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional que hizo.

Además, por cuanto conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado, incumbe a quien debió emplearlo, por lo cual se insiste, no se agota solo con traer a colación los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

*Pero como si lo anterior fuera poco, esta Sala también de manera reiterada y pacífica ha sostenido, que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar una adecuada asesoría a los afiliados al momento de trasladarse de régimen, cuando exista cambio entre las administradoras de pensiones del RAIS o cuando exista intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, esto es, el deber de información también resulta exigible y predicable cuando se está en presencia de una reasesoría, escenarios en los cuales al afiliado se le debe ilustrar sobre las consecuencias positivas y negativas que su determinación puede acarrearle frente a su futura pensión; **de manera que el Tribunal se equivocó cuando concluyó, que «que el accionante reiteró su voluntad de afiliación al RAIS al suscribir distintos documentos de afiliación con diferentes administradoras de fondo de pensiones, inicialmente a “Colfondos, posteriormente ratificó su voluntad en la afiliación de ING el 28 de julio de 2004, a Horizonte 27 de abril de 2007, y finalmente a Skandia el 18 de enero de 2009»**, pues lo cierto es, que el consentimiento debidamente informado no puede inferirse de esa mera situación, por lo que si el demandante no conoció la incidencia que el traslado de régimen pensional podía tener frente a sus derechos prestacionales, no puede concluirse, como lo hizo el Tribunal, la existencia de una manifestación libre y voluntaria, y por tanto, de un consentimiento informado, por lo que su traslado se torna en ineficaz.*

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala y frente al cual debe advertirse, que como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al

estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos, los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro, que el Tribunal no podía tener como válido y eficaz el cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, por hecho de que esta hubiese suscrito el formulario de afiliación y porque se trasladó entre diferentes fondos privados, pues de dichas circunstancias no se puede inferir como equivocadamente lo hizo el Tribunal, que hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho, o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 «no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

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 el afiliado fue informado 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.

Y en la sentencia de instancia precisó:

... decretar la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo

a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a OLD MUTUAL S.A, a trasladar a Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, 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 los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos. Negrillas y subrayas fuera del texto original.

Precedente que como ya se dijo, por ser el vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, sin que del indicio grave por inasistencia a la audiencia de conciliación y de la **declaratoria de confeso efectuada por el fallador de primer grado, se pueda inferir, de acuerdo con la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario**, (Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal), **el contenido mínimo del deber de información**, consistente en que el afiliado haya recibido ***ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales***, pues no se le puso en contexto de los riesgos que le implicaba tal decisión, de la incidencia de las condiciones del mercado financiero, de las modalidades de pensión y el reflejo que en su cálculo tendría la composición de su grupo familiar, posibilidad de pensión anticipada y en tal caso negociación bajo la misma modalidad del bono pensional, garantía de pensión mínima y requisitos, entre otros, y es que **del escrito de contestación, contrario a lo argumentado por el fallador de primer grado, se evidencia que en realidad ninguna consideración particular se hizo frente a la situación del demandante, pues a la AFP Porvenir S.A., no le consta su fecha**

de nacimiento, tampoco su afiliación al ISS por ser una administradora ajena a esa entidad, y frente a la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna, que el juez declaró satisfecha, advierte que nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010, y en ello se insiste al emitir pronunciamiento frente a los hechos; sobre el hecho quinto, relativo a las condiciones para adquirir pensión en el régimen de prima media, se dice que a la AFP no le consta porque no aplican para el régimen privado, y sobre el estudio individual y concreto reclamado en el hecho sexto de la demanda, se dice que para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo que fueron impuestas solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, luego extraña resulta la decisión del fallador frente a la declaratoria de confeso pedida por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., frente a la que dijo:

*De cara a la intervención de la apoderada de porvenir S.A., según lo dispuesto por el art. 205 del C. G. del P., este prevé como consecuencias ante la inasistencia para absolver interrogatorio de parte, la primera está dada por tener por presuntamente ciertos los hechos susceptibles de confesión frente a preguntas que estén en el interrogatorio y si no hay interrogatorio, respecto de los hechos susceptibles de confesión que se encuentren en la excepciones de mérito o contestaciones, entonces, revisando el tema se tiene que, efectivamente hay unos hechos que se plantean en la contestación a la demanda por parte de Porvenir que son susceptibles de confesión, **se tiene entonces como tal se tendrán como presuntamente ciertos, hechos tales como el que el traslado de régimen del actor se efectuó con cumplimiento de las obligaciones para la fecha, efectuándose la debida asesoría, que la obligación consistía en una información clara cierta, comprensible y oportuna frente a las condiciones de la afiliación, estos pues corresponden básicamente a los hechos que se mencionan al contestar la demanda que son susceptibles de confesión y como tal se tendrán como presuntamente ciertos,** advirtiendo que es una confesión que admite prueba en contrario.*

Sin que se hayan concretado, ni por el juez, ni por la apoderada de la AFP, sobre cuales hechos recaía la confesión aplicada, tal como de antaño lo tiene adoctrinado la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL1048-2022, que hace referencia a las anteriores:

Cabe reiterar el criterio de la Sala en cuanto a que es verdad que resulta ineludible que el juez de primera instancia especifique cuáles son los hechos sobre los que pesa la declaración de confesión judicial y los que no tengan esa virtualidad, ello como garantía del debido proceso y el derecho a la defensa. Esa delimitación procesal no es de poca monta y adquiere mayor entidad en el escenario de casación, dado que, si se trata de lo segundo, es decir, lo que no es susceptible de confesión, generaría un indicio grave en contra del ausente en los términos del artículo 210 del CPC, hoy 205 CGP, prueba que no es calificada (art. 7 L. 16/69, CSJ SL, 12 feb. 1992, rad. 4772, CSJ SL, 22 may. 1992, rad. 4000 y CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34390).

Es justo ahí donde radica la importancia de identificar los hechos sobre los cuales pesa la confesión presunta, y aquellos que constituyen indicio grave. En ese sentido se ha pronunciado esta Corporación en varias ocasiones, como lo hizo en sentencia CSJ SL, 23 ago. 2006, rad. 27060, reiterada, entre otras, en decisión CSJ SL, 27 jun. 2012, rad. 43398, que explicó:

[...] debe tenerse en cuenta que la que el recurrente aspira se tenga como prueba de confesión presunta no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y por la ley para que se configure esa figura jurídica, de suerte que no sería dable atribuirle al Tribunal un desacierto por no haberla considerado.

En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7º del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (f. 67) que **‘... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra’, pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles**

constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo.

Infiriéndose del escrito de contestación una situación contraria a la deducida por el fallador, pues se insiste, se dice que el traslado se régimen se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose además la debida asesoría, pero resalta que la obligación de **otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación nace con la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010**, exigiéndose para la época *ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales*, agregando la AFP que no le constan los requisitos para pensión en el RPM por no pertenecer PORVENIR a este, tampoco la fecha de nacimiento del demandante, ni la afiliación al RPM, sin mencionar siquiera sobre qué aspectos se dio la información, luego, **ni con el formulario de afiliación, ni con la aplicación del indicio grave por inasistencia a la audiencia de conciliación, ni con la declaratoria de confeso al demandante**, en la forma ya advertida, **se entiende satisfecho el deber de información bajo los parámetros legislativos vigentes para el 14 de mayo de 2003**, por lo que **se impone revocar** la sentencia revisada y, en su lugar, se declarará la ineficacia del traslado que realizó **Helmer de Jesús Suárez Carvajal**, desde el RPMPD hacia el RAIS – AFP Porvenir S.A., lo que implica que para todos los efectos legales siempre estuvo afiliado al régimen público. Asimismo, se condenará a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, **dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia**, los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros. También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ello en aras del mantenimiento de su poder adquisitivo y de la sostenibilidad financiera del sistema (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022 y SL2016-2022**).

Al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **COLPENSIONES, debe aceptar el retorno del demandante al RPMPD, recaudar los aportes que se ordena devolver y validar en su historia laboral** las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *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*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse

mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***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 efectiva protección.***

Y si bien es cierto en los fundamentos de la demanda se afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales **para afiliados**, no se extingue por este fenómeno, por lo que puede solicitarse en cualquier tiempo, 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 la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL373-2021 y SL2016-2022).

Costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A., en esta no se causan por conocerse en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Helmer de Jesús Suárez Carvajal**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, **para** en su lugar:

1.- Declarar la ineficacia de la vinculación del señor **Helmer de Jesús Suárez Carvajal** al RAIS a través de las **AFP Porvenir S.A.**, y con ello su traslado de régimen pensional, lo que implica la reactivación automática y sin solución de continuidad de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

2.- Se ordena a la **AFP Porvenir S.A.** que proceda a restituir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obligatorios efectuados por el demandante, con los rendimientos financieros, y demás rubros a su favor, **incluidos los porcentajes aplicados a** gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima, estos tres últimos debidamente indexados, obligación que debe cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Los conceptos a devolver deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los

IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones deberá recibir tales valores y validar en la historia laboral del afiliado las semanas a que corresponden, para los efectos de ley.

3.- Costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A., en esta no se causan por conocerse en grado jurisdiccional de consulta.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados:


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado