

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos

Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Pereira, Risaralda, primero (1) de julio de dos mil veintidós (2022)

Acta No. 97 del 30 de junio de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Jorge Alberto Portilla Riascos** en contra de **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y las **Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías– Porvenir S.A y Protección S.A.**

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

AUTO

Se reconoce personería jurídica al Dr. **Jorge Mario Hincapié León**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.094.882.452 de Armenia, Quindío y tarjeta profesional No. 227.023 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga Rodríguez, representante legal de la sociedad Conciliatus S.A.S apoderada general de Colpensiones.

Asimismo, a la Dra. Melissa Lozano Hincapié, identificada cédula de ciudadanía No. 1.088.332.294 de Armenia, Quindío y tarjeta profesional No. 321.690 del Consejo Superior de la Judicatura, abogada inscrita dentro del certificado de existencia y representación legal de Tous Abogados Asociados S.A.S, sociedad que funge como apoderada sustituta de Protección S.A y Porvenir S.A.

CUESTIÓN PREVIA

En el presente proceso se emitió sentencia de primera instancia el 29 de noviembre de 2019, sin embargo, el expediente fue devuelto a primera instancia el 9 de noviembre de 2020, con el fin de que se reconstruyera parcialmente el audio de la audiencia pública del artículo 77 del C.P.T y de la S.S. retornando a esta Corporación el 9 de noviembre de 2021, y a la magistrada ponente el 16 de diciembre del mismo año.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira.
Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El citado demandante busca que se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A, a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y la posteriormente realizada a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, procura que se condene a ambas AFP a liberarlo de su base de datos y a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con ocasión de su afiliación. Adicionalmente, solicita que se condene a Colpensiones a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante, y una vez adquiriera el estatus de pensionado procesa al estudio de su pensión a la luz de la Ley 797 de 2003.

Por último, pide que se condene a las demandadas a cancelar las costas procesales y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 28 de febrero de 1956, afiliándose el 24 de octubre de 1986 al RPM, en el cual efectuó cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1996.

Agrega que el 30 de enero de 1997 suscribió formulario de afiliación al RAIS, representado por Colmena AIG hoy Protección S.A., cuyo asesor le aseguró, entre otras cosas, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, sin mencionar que para ello requería tener un capital muy superior al que debería reunir si esperase hasta el cumplimiento de los 62 años; además, se le dijo que de permanecer en el RPM sus aportes estaban en riesgo de perderse dado que el Seguro Social iba a

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

desaparecer, y en la AFP la pensión podría ser heredada por sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, sin mayor especificación. Por lo anterior, estima que la AFP lo indujo a error al brindarle una asesoría incompleta y falaz que derivó en vicios de su consentimiento, información que fue nuevamente indicada por el asesor de la AFP Porvenir el 29 de mayo de 2002 y posteriormente por Protección en diciembre de 2003.

Por otra parte, señala que ambas Administradoras de Fondos, le comunicaron que no poseían documentos que soportaran la asesoría que se le brindó.

Finalmente, indica que el 7 de noviembre de 2017 Colpensiones negó su solicitud de traslado bajo el argumento de que se encontraba a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones alegó que se oponía a las pretensiones dirigidas en su contra en razón a que el actor no es un afiliado del régimen de prima media. Además, en la demanda no se indica bajo qué postulados debe declararse la nulidad y en el expediente no existe documento alguno que permita entrever un posible vicio. En ese sentido, como excepciones de mérito formuló las de *"Inexistencia de la obligación"*, *"excepción de buena fe"*, *"imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas"* *"innominada"* y *"Prescripción"*.

Por su parte, **Protección S.A** rechazó las pensiones en su contra debido a que el acto jurídico de traslado se realizó de manera libre, espontánea, sin presiones, libre de vicio alguno, con el lleno de los requisitos legales, y se respetó la escogencia de regímenes, aunado a que su voluntad fue permanecer en el RAIS como puede constatarse con los múltiples traslados dentro de tal régimen. En ese orden como medios exceptivos propuso: *"prescripción"*, *"validez y eficacia del traslado al régimen"*

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

de ahorro individual con solidaridad”, “buena fe y confianza legítima”, y la “innominada o genérica”.

A su vez, **Porvenir S.A.** se opuso a lo pretendido por el gestor del pleito, señalando que aun si se hubiese presentado un vicio en el consentimiento, la eventual nulidad relativa se vio subsanada por el paso del tiempo, además de la ratificación expresa del demandante al realizar aportes en su cuenta de ahorro individual por más de 21 años, además de que la afiliación fue un acto jurídico válido al haberse llevado a cabo de manera libre y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como quedó plasmado en la casilla correspondiente dentro del formulario. Como excepciones de mérito propuso las que denominó *“Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento”*; *“Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”*, *“pago”*, *“compensación”*, *“Prescripción”*, *“buena fe”* y la *“innominada o genérica”*.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de instancia absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso condena en costas a cargo del demandante y a favor de las demandadas en un 33% para cada una de ellas.

Para llegar a tal determinación, la *a-quo* con base en el formulario de afiliaciones dio por sentado el traslado indicado, sin embargo, con base en la sanción impuesta al demandante en la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sentó respecto de Protección S.A que la información suministrada en el acto de traslado correspondió a las características del Régimen de Ahorro Individual, ya que la asesoría fue debida según las exigencias requeridas para la época, transparente, que nunca se le garantizó una mesada

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

superior a la del RPM y que no hubo error en la decisión del actor al trasladarse de régimen. Por otra parte, respecto de Porvenir S.A, bajo la misma consecuencia procesal se tuvo por acreditado que la sociedad le suministró información completa, veraz y oportuna, acerca de las características del RAIS, sus diferencias con el régimen de prima media y las consecuencias del traslado, información con la que el demandante tomó la decisión de efectuar el traslado. Así concluyó, que con la documental allegada al plenario no era posible demostrar que las demandadas hubieran incumplido con el deber de información que les asistía o que lo hubieren hecho defectuosamente.

3. RECURSOS DE APELACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

Inconforme con la decisión adoptada la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que fuera revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que las administradoras pertenecientes al RAIS no aportaron prueba alguna de la información suministrada en cada una de las afiliaciones, en tanto los únicos documentos allegados al plenario fueron los formularios de afiliación, historia laboral y el reporte del SIAFP, insuficientes para dar por sentadas las condiciones en la que se efectuó el traslado, el suministro de información como la diferencia entre ambos regímenes, y las características ventajas y desventajas, hechos que debían ser demostrados por las AFP y no por el afiliado.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa más adelante.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala establecer el alcance de la confesión ficta derivada de la inasistencia del demandante a la audiencia de conciliación, con la finalidad de definir si tal presunción tiene la virtualidad de suplir la deficiencia probatoria en cuanto al deber de información. En caso negativo, constatar la eficacia y efectos del traslado de régimen realizado por el actor.

6. Consideraciones

6.1. Precedente vertical: la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado constituye doctrina probable

En la actualidad existe **doctrina probable** respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias (más de 40), entre otras, las siguientes:

SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

En términos generales, en todas estas sentencias se determinó *i)* el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *ii)* la procedencia de la ineficacia del traslado, *iii)* la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Todos los problemas jurídicos planteados en este asunto, fueron objeto de estudio por parte de la Sala de Casación Laboral, de modo que basta referirnos a su precedente para dar respuesta a los mismos, como veremos a continuación.

6.2. “El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación¹”

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, resulta aplicable el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

1) Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en

¹ Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

2) Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

3) Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de tal trascendencia.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFPs demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, respecto a la evolución normativa deber de información, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen**

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

consejo, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i> <i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa n.º 016 de</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

	2016	
--	------	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de

afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”³

El valor probatorio de los formularios de afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

“Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de

³ Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS⁴, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden, el Tribunal en su decisión incurrió en los yerros que se le endilgan, al considerar que no se acreditó el engaño por parte del actor, cuando resulta claro que la información, en este caso, del traslado de régimen, resulta ser de transparencia máxima, lo cual no puede ser ignorado por los jueces de instancia, dada la trascendencia del derecho pensional que está de por medio; de contera además, el juzgador desconoció el artículo 11 de la Ley 100/93, en donde se establece el respeto por los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos a quienes estén pensionados o hayan cumplido los requisitos, así como el literal b) del precepto 13 ibidem que trata sobre la selección libre y voluntaria de régimen”.

Igual cosa se ha predicado de las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, las cuales tampoco convalidan el traslado, como quedó dicho en la citada sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, así:

⁴ Con lo que se descarta igualmente la tesis que alude a los “actos de relacionamiento” para desestimar la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

6.4. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado” ⁵

La carga de la prueba en los procesos de ineficacia de traslado, también se resolvió por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia hito, en la que se expresó que de conformidad al artículo 1604 del Código Civil *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones. Dicha postura se ha mantenido

⁵ Ibídem

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

invariable, y se reiteró de manera más contundente en la citada sentencia, así:

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado 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

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, 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 grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros”.

6.5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado: Devolución de las cuotas de administración y de otros valores debidamente indexados

En la sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

“devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1° de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ...”

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

6.6. Efectos de la confesión ficta por la inasistencia a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.

Tratándose de confesiones fictas, como la que se deriva de la inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., la jurisprudencia ha sostenido el criterio, de que la dicha sanción probatoria no puede entenderse como de carácter genérico o indeterminado, sino que, para que

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

se preserve el derecho de defensa y contradicción, requiere que verse sobre expresiones concretas, claras y precisas, por tanto, corresponde al juez indicar, al momento de su imposición, los específicos hechos sobre los cuales recae, los cuales, obviamente, deben ser susceptibles de ser confesados.

Así lo recordó en la sentencia CSJ SL 488 de 2022 en la que precisó:

“En relación con la confesión ficta debe hacer precisión la Sala en dos aspectos: el primero de ellos se refiere a que para que la confesión ficta sirva de medio de prueba, al tenor de lo previsto en el artículo 210 del CPC, vigente para aquella época, aplicable por cuenta del principio de integración normativa del art. 145 del CPT y de la SS, se requiere que aquella sea declarada por el juez en el momento preciso que se genera el hecho que le da origen, es decir, una vez se advierte la ausencia de la parte que está obligada a asistir, el juzgador de manera puntual debe proceder a señalar sobre cuáles supuestos fácticos recae la presunción de certeza, en aras de velar por el derecho de contradicción de la parte afectada, pues por tratarse de una presunción legal que admite prueba en contrario, el litigante ausente tiene derecho a saber sobre cuáles hechos debe proceder a hacer el esfuerzo por desvirtuar. Si se carece de tales elementos, no existe forma de derivar una confesión ficta, y mucho menos, que se tenga en cuenta en la sentencia, pues tal alegato será considerado extemporáneo (CSJ SL170-2021).

Y, en segundo lugar, la confesión ficta constituye una mera presunción legal o «iuris tantum», la que admite prueba en contrario, como también lo dijo recientemente la Sala en la sentencia antes mencionada, en la que precisó: «si la Sala la tuviera por válida también es de resaltar que de conformidad con el artículo 201 ibidem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL1357-2018 SL 4323-2021)»”.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

En este orden, la confesión ficta debe recaer sobre hechos susceptibles de confesión, esto es, acciones, omisiones o sucesos acaecidos en la realidad capaces de producir efectos jurídicos, que se enmarquen en los siguientes presupuestos establecidos en el artículo 191 del Código General del Proceso: 1) que el confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el hecho que resulte confesado, 2) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, 3) que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba, 4) que sea expresa, consciente y libre, 5) que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento, 6) que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

6.7. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado.

Al descender al caso puntual, se observa en el historial de vinculaciones⁶, que el demandante, estando afiliado al RPM se trasladó al RAIS, en primera oportunidad a través de la AFP Colmena, desde el 1 de marzo de 1997 y en virtud de una cesión por fusión entre esta y la AFP ING continuó afiliado hasta el 30 de junio de 2002, momento en el que se trasladó a Porvenir S.A. a partir del 1 de julio de ese año, y retornó a la AFP ING, hoy Protección el 1 de diciembre de 2003; información que concuerda con la depositada en los formularios de afiliación⁷, que a su vez consagran una cláusula genérica de consentimiento, que valga la pena reiterar, ha sido establecida como insuficiente para demostrar el deber a cargo de la AFP, dado que no logra evidenciar la información que se brindó.

Sin embargo, como lo sentó la a-quo en el presente caso no se pueden perder de vista las consecuencias procesales impuestas ante la inasistencia de la parte demandante a la audiencia contemplada en el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. Social, mismas que no fueron objetadas por la parte actora⁸, como se constata con el audio y acta de la mencionada audiencia que fue reconstruida parcialmente, y en virtud de las cuales se tuvieron por ciertas las respuestas fácticas 16 y 22 de Porvenir S.A y 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 16 de Protección S.A, conforme se evidencia en el siguiente cuadro:

PORVENIR S.A.		
HECHO	CONTESTACION	CONFESION
16. En visita efectuada por un asesor de la AFP Porvenir S.A, el 29 de mayo de 2002 en el lugar	Se niega, Porvenir suministró al demandante información completa veraz y oportuna acerca	Porvenir suministró al demandante información completa veraz y oportuna acerca de las

⁶ Página 176 del expediente digitalizado, cuaderno 1

⁷ Páginas 194, 200, 223, 278

⁸ Páginas 16 a 17 del expediente digitalizado, y aarchivos 13 y 14 del expediente digital, primera instancia, reconstrucción.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02

Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos

Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

donde laboraba el señor Jorge Alberto Portilla Riascos, esta ofreció los mismos beneficios planteados por el asesor de la AFP Protección, tales como la posibilidad de pensionarse en forma anticipada sin mencionar específicamente que para ello requería tener un capital muy superior al que debería reunir si esperase hasta el cumplimiento de los 62 años, que sus aportes estarían en riesgo de retornar a Prima Media, que la pensión podría ser heredada por familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, sin especificar que para ello requería haber seleccionado la modalidad de retiro programado en la AFP, así mismo sin advertir que la AFP Porvenir, podría cambiarle la modalidad de retiro programado a renta vitalicia en forma unilateral, cuando el capital que tuviese en el fondo solo alcanzara para financiar una pensión de salario mínimo.	de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias derivadas del traslado entre regímenes. Con base en dicha información, el Demandante, de forma libre, espontánea y sin presiones decidió afiliarse a Porvenir, como traslado del RPM	características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias derivadas del traslado entre regímenes. Con base en dicha información, el Demandante, de forma libre, espontánea y sin presiones decidió afiliarse a Porvenir, como traslado del RPM.
22. Ni el asesor de la AFP Protección, ni de la AFP Porvenir informaron a mi poderdante que el plazo para retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida , administrado en ese entonces por el ISS vencía cuando el señor Jorge Alberto Portilla Sarmiento cumpliera 52 años de edad, sin embargo es de advertir que con otros afiliados no hubo igual tratamiento, ya que a muchos se les envió una carta advirtiéndoles se asesoraran muy bien antes de optar por uno u otro régimen	Se niega, para la fecha en la cual el demandante se afilió a los fondos Protección y Porvenir, aún no había sido expedida la ley 797 de 2003, en cuyo artículo 2, literal e) estableció la prohibición de traslado a aquellos afiliados a los que les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, al no estar vigente dicha prohibición es evidente la imposibilidad de informarla.	Para la fecha en la cual el demandante se afilió a los fondos Protección y Porvenir, aún no había sido expedida la ley 797 de 2003, en cuyo artículo 2, literal e) estableció la prohibición de traslado a aquellos afiliados a los que les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, al no estar vigente dicha prohibición es evidente la imposibilidad de informarla.
PROTECCIÓN S.A.		
HECHO	CONTESTACIÓN	PROTECCIÓN
6. En visita efectuada por un Asesor de Colmena hoy Protección, el 30 de enero de 1997 en el sitio de trabajo, este ofreció como promesa de venta al demandante, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada con la AFP Protección S.A, sin mencionar específicamente que para ello requería tener un capital muy superior al que debería reunir	No es cierto, mi patrocinada a través de sus asesores no efectúa una "promesa de venta" como se dice, y en cuanto a la información que proporciona la misma corresponde tanto a las condiciones como a las características del régimen de ahorro individual previstas en el ordenamiento jurídico.	Protección a través de sus asesores no efectúa una "promesa de venta" como se dice, y en cuanto a la información que proporciona la misma corresponde tanto a las condiciones como a las características del régimen de ahorro individual previstas en el ordenamiento jurídico.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02

Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos

Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

si esperase hasta el cumplimiento de 62 años.		
7. En esa misma visita Protección S.A le dijo al señor Portilla que la mejor opción era trasladarse de Prima Media a Ahorro Individual porque de lo contrario sus aportes estarían en riesgo de perderse, debido a que quien administraba prima media, estaba a punto de quebrarse y desaparecería.	No es cierto, se trata de una mera especulación carente de prueba, pues si esa hubiere sido la real motivación, se había trasladado al régimen de prima media al observar que la entidad que lo administraba no fue liquidada.	No es cierto que Protección S.A le dijo al demandante que la mejor opción era trasladarse de RMP a RAIS porque de lo contrario sus aportes estarían en riesgo de perderse, debido a que quien administraba prima media en esa calenda, estaba a punto de quebrarse y desaparecería.
8. En esa visita Protección en su asesoramiento le manifestó que en ella la pensión no se perdería como si sucedería en RPM, es decir que la pensión podría ser heredada por familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, sin especificar que para ello requería haber seleccionado la modalidad de retiro programado en la AFP, así mismo, sin advertir que la AFP Porvenir, podría cambiarle la modalidad de retiro programado a renta vitalicia en forma unilateral, cuando el capital que tuviese en el fondo solo alcanzara para financiar una pensión de salario mínimo.	No es cierto, protección a través de sus asesores no brinda información que no sea acorde a lo dispuesto por la normativa respecto del RAIS, siendo conforme al artículo 76 de la ley 100 de 1993 es posible que el saldo de la cuenta de ahorro individual ingrese a la masa sucesoral. De igual manera, con relación a las modalidades de pensión, mi mandante realiza la debida asesoría al momento en el afiliado deba efectuar la selección de modalidad pensional y en todo caso a través de su portal de internet tiene de manera permanente información tendiente a ello.	Protección a través de sus asesores no brinda información que no sea acorde a lo dispuesto por la normativa respecto del RAIS, siendo conforme al artículo 76 de la ley 100 de 1993 es posible que el saldo de la cuenta de ahorro individual ingrese a la masa sucesoral. De igual manera, con relación a las modalidades de pensión, protección realiza la debida asesoría al momento en el afiliado deba efectuar la selección de modalidad pensional y en todo caso a través de su portal de internet tiene de manera permanente información tendiente a ello.
9. Protección S.A le manifestó al señor Portilla que, si el al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar que le devolvieran el capital de tuviese acumulado a dicha fecha.	No es cierto, en tanto la ley no lo permite y se reitera que la información que se brinda a los potenciales afiliados es acorde a lo dispuesto para el régimen de ahorro individual por el ordenamiento jurídico.	Protección S.A no le informó al actor que, si al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar que le devolvieran el capital de tuviese acumulado a dicha fecha, porque la información que se brinda a los potenciales afiliados es acorde a lo dispuesto para el régimen de ahorro individual por el ordenamiento jurídico.
10. Protección S.A le manifestó que la mesada pensional que recibiría en Ahorro Individual sería muy superior allí con respecto a la que recibiría en Prima Media, afirmación falsa, ya que ocurre todo lo contrario. Este asesoramiento que se hizo en forma verbal jamás estuvo acompañado de una proyección pensional.	No es cierto, ya que los asesores de Protección solo brindan información conforme a lo dispuesto para el RAIS por la normativa. Por otro lado, mi patrocinada mi patrocinada no autoriza a sus asesores garantizar que la mesada pensional será muy superior al otro régimen, pues no puede preverse a futuro las circunstancias que inciden en la conformación de tal prestación y para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen del demándate no era legalmente	Los asesores de Protección S.A no le manifestaron que la mesada pensional que recibiría en Ahorro Individual sería muy superior allí frente a la que recibiría en Prima Media. Los asesores de Protección solo brindan información conforme a lo dispuesto para el RAIS por la normativa. Por otro lado, mi patrocinada Protección S.A no autoriza a sus asesores garantizar que la mesada pensional sería muy superior al otro régimen, pues no puede preverse a futuro las

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02

Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos

Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

	exigible a las administradoras, la realización de una proyección pensional, ello sólo fue así a partir de la vigencia del Decreto 2017 de 2015.	circunstancias que inciden en la conformación de tal prestación.
11. Protección S.A indujo a error a mi poderdante al brindarle una asesoría nefasta, engañosa, incompleta, y que al contrario firmó un formulario con vicios en el consentimiento furto entre otros de los silencios que guardó el profesional que llevo a cabo esta asesoría	No es cierto, en tanto que no se encuentra acreditado o probado en este proceso el error que aduce la parte actora. Asimismo, la asesoría e información que se le brindó al demandante correspondió a las exigencias legales existentes para la data en que se trasladó al RAIS, teniendo en cuenta además las circunstancias fácticas existentes para entonces, siendo así que el derecho pensional del actor estaba apenas en formación y por ende susceptible de no concretarse.	El asesoramiento que le brindó Protección S.A al demandante a error al brindarle una asesoría nefasta, engañosa, incompleta, en la que no hubo buen consejo, que la asesoría que se le brindó al demandante correspondió a las exigencias legales existentes para la data en que se trasladó al RAIS, teniendo en cuenta además las circunstancias fácticas existentes para entonces, siendo así que el derecho pensional del actor estaba apenas en formación y por ende susceptible de no concretarse.
20. En visita efectuada por un asesor de la AFP Protección, en diciembre de 2003 en el lugar donde laboraba el señor Jorge Alberto Portilla Riascos, este ofreció los mismos beneficios planteados por el asesor de la AFP Porvenir, manifestándole que en esta AFP no tendría ningún problema para su pensión como si lo tendría en la AFP Porvenir, sin especificar, que para ello requería haber seleccionado la modalidad de retiro programado en la AFP, así mismo sin advertir que la AFP Protección, podría cambiarle la modalidad de Retiro Programado a Renta Vitalicia en forma unilateral, cuando el capital que tuviese en el fondo solo alcanzara para financiar una pensión de salario mínimo y finalmente le dijo que la rentabilidad era superior en la AFP Protección a la que podía seguir recibir en la AFP Porvenir, situación que tampoco fue cierta, con estas promesas convenciéndolo de regresar a la AFP Protección.	Al decimosexto (vigésimo en la demanda) no es cierto, pues de un lado el actor se trasladó en concreto a Santander, que luego de su fusión con ING, y posteriormente paso a ser parte de Protección. De otro lado, tanto mi patrocinada como las demás administradoras de fondos de pensiones brindan información transparente y acorde a las características y condiciones previstas en la normatividad para el RAIS, además en lo que concierne a la rentabilidad en los fondos de pensiones la misma puede verificarse a través de los extractos de la cuenta de ahorro individual, por lo que el actor podía constatar los dichos del asesor, comparando la información de los fondos en los que estuvo afiliado y de haberse generado engaño alguno, pudo haber iniciado las acciones pertinentes.	(De acuerdo a la numeración de Protección, ya que el hecho numerado de manera equivocada como decimosexto en la demanda hace referencia a la actuación de Porvenir). Que el actor se trasladó en concreto a Santander, que luego de su fusión con ING, y posteriormente paso a ser Protección. De otro lado Protección como las demás administradoras de fondos de pensiones brindan información transparente y acorde a las características y condiciones previstas en la normatividad para el RAIS, además en lo que concierne a la rentabilidad en los fondos de pensiones la misma puede verificarse a través de los extractos de la cuenta de ahorro individual, por lo que el actor podía constatar los dichos del asesor, comparando la información de los fondos en los que estuvo afiliado y de haberse generado engaño alguno, pudo haber iniciado las acciones pertinentes.

Empero, al verificar las premisas tenidas como ciertas respecto de Protección S.A., se evidencia que no todas son susceptibles de confesión, debido a que no son

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

hechos, sino juicios de valor o calificaciones imprecisas y genéricas, muestra de ello son las consecuencias procesales derivadas de los hechos 6, 9, 11, y 16 que se sustentan en la aplicación debida de la norma, o en otorgamiento de la información con las características del régimen de ahorro individual previstas en el ordenamiento jurídico, pues como expuso esta Corporación en un asunto de similares contornos *“las calificaciones que comportan el objeto de la litis, corresponden al juez y no a las partes, a ninguna de las cuales le es dable confesar la correcta aplicación de las normas laborales o sociales; únicamente pueden confesar hechos y con estos, es el juez a quien le corresponde determinar si lo actuado se apegó o no al ordenamiento”*⁹.

En el mismo sentido, pese a que en respuesta al hecho 8, tal demandada afirma *“con relación a las modalidades de pensión, Protección realiza la debida asesoría al momento en que el afiliado deba efectuar la selección de modalidad pensional y en todo caso a través de su portal de internet tiene de manera permanente información atinente a ello.”*, lo narrado no es suficiente para dar por acreditado el deber de información respecto de este punto, dado que no expone en concreto las modalidades pensionales que le dio a conocer, y tampoco es dable transferir al afiliado la carga de consultar en portales de internet la información que debió ser suministrada al momento del traslado.

Colorario de lo anterior, a modo de síntesis de los hechos sentados por la a quo solo son ciertos respecto de Porvenir S.A: **i)** que la AFP suministró al demandante información completa, veraz y oportuna acerca de las características propias del RAIS, su diferencia con el RPM y las consecuencias derivadas de dichos regímenes, de manera que el demandante de forma libre, voluntaria y sin presiones decidió afiliarse a dicha AFP; y **ii)** que para el momento del traslado era imposible informar al demandante que podría retornar al RPM salvo que le faltaren menos de diez (10) años para pensionarse, como quiera que para la fecha en que se afilió a

⁹ Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral. Sentencia del 1 de octubre de 2020, dentro del proceso adelantado por Guillermo Balcárcel en contra de Colpensiones y Protección S.A. M.P. Alejandra María Henao Palacio.

tal fondo aún no había sido expedida la ley 797 de 2003, cuyo artículo segundo, estableció tal prohibición. De igual manera, en cuanto a Protección S.A: **i)** que en ningún momento la administradora le indicó al demandante que la mejor opción era trasladarse de RPM a RAIS, porque de lo contrario sus aportes corrían el riesgo de perderse o que en el RAIS su mesada pensional sería mayor; y **ii)** que le indicó al demandante que sus aportes ingresarían a la masa sucesoral, porque así lo dispone el Artículo 76 de la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el resto de la prueba aportada corresponde a historias laborales, fotocopias de cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento, actualizaciones de datos, y derechos de petición¹⁰ insuficientes para esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el momento del traslado de régimen (1 de marzo de 1997), es menester concluir que el acto de traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado, esto es suficiente, amplio y oportuno acerca de las incidencias, condiciones y riesgos que supone adoptar la decisión ofrecida, ante la inexistencia de prueba alguna que demuestre que la AFP Protección S.A cumplió con el deber de información, esto es, *“la 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”*, pues como se sentó con la confesión ficta, la demandada solo demostró que le indicó al actor que sus aportes ingresarían a la masa sucesoral, porque así lo dispone el Artículo 76 de la Ley 100 de 1993 y que no le expuso que la mejor opción era trasladarse de RPM a RAIS, o que en el RAIS su mesada pensional sería mayor.

Ahora, importa mencionar que, según lo estipulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, uno de los efectos de

¹⁰ Páginas 208 a 218 y 285 a 287 del expediente digitalizado, cuaderno 1.

la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático del demandante al RPM hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte el demandante.

Por lo anterior, se **revocará** en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda. Así las cosas, se **declarará** la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPM al RAIS, así como el traslado horizontal entre las diferentes administradoras de fondo privados; por tanto, se deberá **condenar** a Protección S.A., a devolver la totalidad de las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, sumas adicionales junto con sus respectivos rendimientos financieros; asimismo, se **condenará** Protección S.A. y Porvenir S.A. a retornar a Colpensiones el valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales cobrados con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados durante el tiempo que el actor fue su afiliado. Además, se deberá **condenar** a Protección S.A. para que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual por las 536.14 semanas cotizadas en el régimen de prima media, según se percibe en la historia laboral¹¹, **restituya** la suma pagada por concepto de Bono pensional a favor de la Oficina de Bonos Pensionales (en adelante OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

Del mismo modo, se **ordenará** comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de

¹¹ Página 182 del expediente digitalizado, cuaderno 1.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, que debió redimirse de forma normal el 28 de febrero de 2018, fecha en que el accionante cumplió la edad de 62 años, al haber nacido el 28 de febrero de 1956¹².

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, 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 la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021).

Las demás excepciones formuladas quedan resueltas desfavorablemente con lo explicado anteriormente.

Por último, se condenará en costas de ambas instancias a Protección S.A. y Porvenir S.A en un 100%, en favor del demandante, teniendo en consideración que son las responsables de los hechos que conducen a la declaración de la ineficacia y al resultar vencidas en juicio. Dado que Colpensiones no tuvo participación en ello, se absolverá de las mismas.

¹² Página 219 del expediente digitalizado, cuaderno 1.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 29 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que se efectuó por cuenta del señor Jorge Alberto Portilla Riascos, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP Colmena, actualmente Protección S.A. efectiva a partir del 1 de marzo de 1997, así como el traslado horizontal realizado ante la AFP Porvenir S.A. el 1 de julio de 2002, y a su vez, el realizado nuevamente ante la AFP Protección S.A el 1 de diciembre de 2003; en consecuencia, **DECLARAR** que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, consistente en las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, con los respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, en caso de haberlas recibido, frutos e intereses causados.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

QUINTO: CONDENAR a Protección S.A. a realizar la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propios recursos; todas las sumas deberán devolverse debidamente indexadas, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

SEXTO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

SÉPTIMO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. para que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, restituya la suma pagada por ese concepto a la oficina de bonos pensiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá cancelarse de manera indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

OCTAVO: COMUNICAR la presente decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016.

NOVENO: Costas de ambas instancias a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A en un 100% a favor del demandante. Líquidense por el juzgado de origen.

Radicado: 66001-31-05-005-2017-00520-02
Demandante: Jorge Alberto Portilla Riascos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
SALVA VOTO

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Salvamento De Voto

German Dario Goetz Vinasco

Magistrado

Sala 003 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **ebace7407dcb08b5e05718efa8271326871c439e16f921b061ced74481ad7e2c**

Documento generado en 01/07/2022 08:07:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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