



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-005-2018-00306-01
Demandante	Omar Emilio Hernández Betancur
Demandado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Juzgado de origen	Quinto Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado pensionado RPM

Pereira, Risaralda, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
Acta de discusión 198 del 25-11-2022

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de desatar el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Omar Emilio Hernández Betancur** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Porvenir S.A.**

De manera liminar se reconoce personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a Yeraldin del Carmen Escobar Mercado, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.102.836.701 y portadora de la T.P. No. 257.481 del CSJ, en razón a la sustitución de poder que le hiciera Angelica Margoth Cohen

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2018-00306-01
Omar Emilio Hernández Betancur vs. Colpensiones y Porvenir S.A.
Mendoza representante legal de la Unión Temporal Paniagua & Cohen, apoderada
de Colpensiones.

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Omar Emilio Hernández Betancur pretende que se declare “*la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen*” así como la ineficacia de la afiliación efectuada el 02-04-1996 a Horizonte hoy Porvenir S.A. y, por ende, que estuvo sin solución de continuidad en el RPM y es beneficiario del régimen de transición.

En consecuencia, que se condene a Colpensiones a **reliquidar** la pensión de jubilación con una tasa de reemplazo del 75% teniendo en cuenta el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en aplicación de la Ley 33 de 1985; además, a la indexación de la primera mesada pensional y, por último, se condene a la parte demandada a las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria declarativa solicitó la nulidad del contrato de afiliación celebrado entre él y la AFP el 02-04-1996 y, como condenatoria, que Colpensiones pague la indexación de las sumas adeudadas.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) el **01-11-1984** se afilió al ISS en razón a su vínculo laboral con Empocaldas Ltda. y cotizó hasta el **03-12-2014**; ii) el **01-04-1996** suscribió formulario de afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A.; iii) el asesor comercial ninguna información le brindó sobre las características, ventajas, desventajas e implicaciones del cambio de régimen, esto es, la pérdida del régimen de transición ni le realizó una proyección pensional, pues lo que dijo en su momento era que el ISS se iba acabar y que se podría pensionar a la edad de 55 años; iv) **regresó** al ISS hoy Colpensiones en **agosto de 2006**; v) el **20-08-2009** Horizonte

hoy Porvenir S.A. informó que había trasladado los aportes de su cuenta de ahorro individual con destino al ISS.

vi) El **21-09-2013** cumplió la edad de 60 años, por lo que para el 01-04-1994, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 40 años de edad.

vii) Mediante **Resolución GNR 339401 del 04-12-2013** Colpensiones le reconoció la pensión de vejez bajo los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al contar con 1.377 semanas y aplicó una tasa de reemplazo del 67.66% a un IBL de \$992.066.

viii) Colpensiones desconoció que era beneficiario del régimen de transición, por lo que debía de aplicar la Ley 33 de 1985 al prestar su servicio por más de 20 años como servidor público.

ix) Aglutinó un total de **1.501 semanas** de las cuales **1.068 tenía al 25-07-2005** y **1.027 se generaron dentro de los 20 años** anteriores al cumplimiento de la edad.

Colpensiones se opuso a las pretensiones al considerar que no existió engaño en la información al momento del cambio de régimen, pues el actor aceptó de manera libre y voluntario su traslado; señaló que aquel no era beneficiario del régimen de transición, pues al 01-04-1994 carecía de los 15 años de servicio o las 750 semanas de cotización, por lo que reconoció la pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993; además, que aglutinó un total de 1377 semanas y no las 1501 que dijo en la demanda.

Formuló como excepciones las que denominó "*Prescripción*", "*Inexistencia de la obligación*" y "*Buena fe*", entre otras.

Porvenir S.A. se opuso también a las pretensiones porque el demandante firmó de manera libre y sin presiones el formulario de afiliación, pues para esa época entregó

la información pertinente que debía de darse a un potencial afiliado, sin que haya estado en la obligación de mencionar lo del régimen de transición, pues al 30-06-1995 el actor carecía de los 15 años de servicio y, por ende, no era beneficiario del mismo.

Explicó que la afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A. fue el 01-04-1996 efectivo el 28-06-1996 y que el actor se retornó al ISS hoy Colpensiones el 20-01-2006 efectivo el 01-03-2006.

Propuso como excepciones las que denominó “El demandante no es beneficiario del régimen de transición”, “Prescripción” y “Buena fe”, entre otras.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colpensiones, así como la de validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento formulada por Porvenir S.A. y, en consecuencia, negó la ineficacia de la afiliación del traslado de régimen y condenó en costas al demandante en un 100% a favor de Colpensiones y Porvenir S.A.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que si bien Porvenir S.A. no demostró la información que brindó para la época del traslado, pues el solo formulario no daba cuenta de ello ni tampoco la prueba documental aportada, también era cierto que de acuerdo a la sanción aplicada al demandante por la inasistencia a la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio así como para resolver interrogatorio de parte, se tuvo por ciertos los hechos 4, 6, 8 parcialmente los 9 y 11 de la contestación de la demanda y, por ende, se acreditó que la AFP sí brindó la información al momento del cambio de régimen según los parámetros dispuestos por la Corte Suprema de Justicia, sin que el actor hubiera derruido la presunción aplicada.

Además, tampoco era procedente acceder a las demás pretensiones de la demanda, pues el actor no era beneficiario del régimen de transición, ya que para el 30-06-1995 no contaba con los 15 años de servicio.

3. Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, pues considera que no podía afirmarse que se le brindó información al momento del cambio de régimen por el solo hecho no asistir a la audiencia de trámite y juzgamiento, ya que la prueba documental – que estuvo mal valorada- no daba cuenta de la información que para ese momento se le brindó, sin que la sola firma en el formulario de afiliación sea suficiente para acreditarlo; más aún cuando la carga de la prueba le corresponde es a la AFP por la negación indefinida que se realizó en la demanda.

4. Alegatos de conclusión

Los presentados por Colpensiones y Porvenir S.A. guardan relación con los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

1. ¿Logró el demandante derruir la presunción que aplicó el *a quo* respecto de la contestación de la demanda ante su inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS y al interrogatorio de parte?

2. Solución al problema jurídico

2.1. Fundamento normativo

2.1.1. De la acción de ineficacia

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la “*prescripción*” prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque “*las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios*”. Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que “*ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo*”, llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de

salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad (...) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que *“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 último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse 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 este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *“la validez”* del acto jurídico de traslado.

Ahora, frente a las **reasesorías**, según la Corte tampoco alcanza para dar por cumplido el citado deber de información 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”.

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido de un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte *“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”* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló que: *“en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario”*.

4. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado *“junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses”*, *“sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales”*.

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque *“el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”* (SL1688-2019 y SC3201-2018).

2.1.2. De la acción de ineficacia de los pensionados

Conviene recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un principio sostuvo que era procedente la ineficacia de la afiliación de una persona que ostentara la calidad de pensionado, como se expuso en la sentencia radicado No. 31989 de del 09-09-2008; sin embargo, en providencia **SL373-2021** con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo cambió su postura, para establecer que la calidad de **pensionado en el RAIS**, en tanto constituye una **situación jurídica consolidada**, no resulta razonable revertir dicho estatus jurídico y, por ende, la acción de ineficacia de la afiliación al RAIS no puede salir avante para los demandantes que ostenten dicha calidad.

Posteriormente, en sentencia **SL5169 de 2021** M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez extendió los efectos de tal postura a los pensionados por el RPM al considerar que tenían una situación consolidada – estatus de pensionado – entonces no puede retrotraerse a su estado anterior – afiliado.

Pese a ello, en sentencia **SL2929 de 2022** con ponencia del mismo magistrado - Iván Mauricio Lenis Gómez – señaló que no existe un impedimento para que un pensionado por el RPM pueda solicitar la ineficacia de la afiliación, pues la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, sin importar si el afiliado tiene o no un derecho consolidado, o un beneficio transicional o está próximo o no a pensionarse; más aún cuando las consecuencias prácticas en tratándose de un pensionado por el RPM no son tan complejas como las que devienen de un pensionado en el RAIS.

Conviene entonces plasmar los hechos y pretensiones relevantes en las decisiones mencionadas, así:

SL373 de 2021 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo	SL5169 de 2021 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez	SL2929 de 2022 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez
Hechos relevantes		

Ordinario Laboral
 Rad. 66001-31-05-005-2018-00306-01
 Omar Emilio Hernández Betancur vs. Colpensiones y Porvenir S.A.

<p>El demandante nació el 21 de febrero de 1954, por lo que al 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad. Solo era beneficiario de la transición por edad.</p> <p>Estuvo afiliado al RPM entre el 16 de febrero de 1970 al 31 de octubre de 1999.</p> <p>En octubre de 1999 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A.; oportunidad en la que no le brindaron información para su traslado.</p> <p>El 19 de junio de 2008 solicitó el reconocimiento pensional a la AFP, lo que fue concedido a partir de esa misma calenda.</p>	<p>El demandante nació el 04 de junio de 1949, por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 44 años de edad. Solo era beneficiario de la transición por edad.</p> <p>El 10 de diciembre de 1996 se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., en esta oportunidad no le brindaron información completa y adecuada en relación con las desventajas del sistema.</p> <p>El 31 de julio de 2010 retornó al RPM.</p> <p>El 10 de mayo de 2012 solicitó el reconocimiento pensional, el que le fue concedido mediante la Resolución No. 327155 de 30 de noviembre de 2013 con base en la Ley 100 de 1993, por cuanto no había conservado el régimen de transición, ya que no contaba con los 15 años de servicio al 01 de abril de 1994</p>	<p>La demandante nació el 01 de julio de 1958 por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 35 años de edad y aglutinó en el RPM un total de 771.54 semanas (sic). Era beneficiaria de la transición por edad y tiempo de servicio.</p> <p>El 13 de julio de 1998 se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., pero que la AFP no le brindó información sobre las ventajas, desventajas e implicaciones que tendría su cambio de régimen.</p> <p>Tuvo traslados horizontales así: el 1 de febrero de 2002 a Protección S.A. y el 01 de noviembre de 2007 a Colfondos S.A.</p> <p>Mediante sentencia del 08 de marzo de 2010 el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá <i>“tuteló su derecho fundamental a la seguridad social, con el argumento de que, al ser titular del régimen de transición por edad, tenía derecho de trasladarse y pensionarse en el RPMPD”</i>.</p> <p>Por medio de Resolución GNR 24860 de 07 de julio de 2014 dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez.</p>
Pretensiones		
<p>Solicitó declarar nulo el traslado del RPM al RAIS a través de Protección S.A.</p> <p>En consecuencia, que la AFP trasladara el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, el porcentaje pagado de cuotas de garantía de pensión mínima y el bono pensional; además, que la AFP perdió las mesadas pensionales que pago y que Colpensiones le reconozca la</p>	<p>Pretendió que se declare nulo el traslado o la afiliación al RAIS, que es beneficiario del régimen de transición y que Colpensiones es la entidad encargada de reconocer su gracia pensional.</p> <p>En consecuencia, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985, con una tasa de reemplazo del 75%</p>	<p>Requirió que se declarara la nulidad de la afiliación al RAIS.</p> <p>En consecuencia, que se declare que siempre estuvo en el RPM y por ello tiene derecho al reajuste de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.</p>

pensión de vejez a partir de la ejecutoria de esa sentencia.	sobre un IBL según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.
--	--

Pese a que la Corte en la sentencia SL5169 de 2021 extendió los efectos de la providencia SL373 de 2021 para pensionados en el RPM, en el sentido de no ser procedente la ineficacia; tal corporación se apartó de dicha postura **en la SL2929 de 2022**, en la medida que a partir de la interpretación que realiza nuestra Superioridad de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, **con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia en sentido estricto con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior**, pues se reputa la inexistencia de todo efecto jurídico del acto traslado, es decir, que el mismo no ocurrió.

Entonces, la consecuencia jurídica de la declaratoria de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado de antes; es decir, la ausencia de un traslado de régimen, en tratándose de pensionados por el RPM no sería otra que beneficiarse del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por la desinformación al momento de su traslado lo perdieron, tal como lo prevé los incisos 4 y 5 de dicha normativa.

Así, en la sentencia SL 2929 de 2022 se concluye que el escenario de los pensionados en el RAIS no es equiparable a los que adquieran esa condición en el RPM, ya que en estos últimos no existe la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas de un gran número de actores que hacen parte del sistema ni tendría un efecto financiero que repercutiría en el mismo, como sí ocurriría con los del RAIS, por lo que pese a que en principio se trataría de la misma condición – pensionado – el elemento diferenciador en este caso, es el régimen mediante el cual se accedió a esa condición.

En suma, en la última sentencia del órgano de cierre se considera procedente la ineficacia de la afiliación de una persona que ostenta la calidad de pensionado por

el RPM; sin que sea necesario por parte de esta Sala del Tribunal expresar su adición o su apartamiento de tal tesis, en tanto el punto de inconformidad se centra en la valoración probatoria, dado que la jueza nada dijo expresamente sobre aquel tópico.

2.1.3. Confesión ficta o presunta

El artículo 77 CPTSS dispone las consecuencias ante la inasistencia a la audiencia de conciliación, así, para el demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito y, frente al demandado, se presumirán por ciertos los hechos de la demanda susceptible de confesión.

Sobre el tema, la alta corporación en sentencia del 24 de abril de 2013, radicación 42192, reiterada en sentencia SL16082 de 2015 y 2190 de 2019 señaló que la sanción impuesta en el artículo 77 del CPTSS tiene dos connotaciones, la primera, es que tal consecuencia se aplica ante la inasistencia de una de las partes a la audiencia, pues si ambas no comparecen sería improcedente dicha sanción; segundo, la confesión ficta opera sobre hechos susceptibles de confesión “(...) *Esto significa, de una parte, que debe circunscribirse a acciones, omisiones o si se quiere a sucesos acaecidos en la realidad capaces de producir efectos jurídicos y no, a su calificación jurídica. Es al juez a quien le corresponde hacerla*”.

Ahora, para que pueda presumirse por ciertos tales hechos, es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 191 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, esto es: i) el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) debe ser sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) debe ser expresa, consciente y libre; v) que verse sobre

hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento y vi) debe estar debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

De igual manera, el artículo 205 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS dispone que, en caso de inasistencia de la parte al absolver interrogatorio de parte, se presumirá por cierto los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda, cuando quien no comparece es el demandante.

2.2. Fundamento fáctico

Al examinar el plenario se tiene que el señor Omar Emilio Hernández Betancur nació el 21-09-1953 (pág. 2 del doc. 4 del c. 1); asimismo, que se afilió al RPM a través de Cajanal el 01-11-1984 al laborar para Empocaldas S.A. E.S.P., según el certificado de tiempos públicos - CETIL emitido por esta última entidad y en la que dispuso que la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social lo fue el 30-06-1995 (pág. 27 del doc. 4 del c. 1); de ahí, que para esta calenda, el actor tenía 41 años, 9 meses y 9 días.

Luego, se pasó al ISS el 18-07-1995; posteriormente, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 01-04-1996 efectivo el 01-06-1996 y, finalmente, retornó al ISS hoy Colpensiones el 20-01-2006 efectivo el 01-03-2006, como da cuenta los formularios de afiliación y el certificado de Asofondos (pág. 2 y 3 del doc. 4 y pág. 60 del doc. 25 del c. 1).

Asimismo, que mediante Resolución GNR 339401 de 04-12-2013 Colpensiones reconoció a favor del accionante la pensión de vejez bajo los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en tanto no conservó el régimen de transición, pues aquel a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 30-06-1995 no tenía los 15 años de servicio (pág. 17 del doc. 04 del c.1).

De otro lado, se tiene que la jueza en la audiencia de conciliación celebrada el 27-08-2021 aplicó las consecuencias previstas en el numeral 1° del artículo 77 del CPTSS a través del cual tuvo por cierto los hechos 4, 6, 8 parcialmente, 9 y 11 de la contestación de la demanda de Horizonte hoy Porvenir S.A. ante la inasistencia del actor a dicha diligencia.

También en la audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el 01-03-2022, ante la inasistencia del accionante a rendir su declaración, la *a quo* aplicó la misma sanción que había sido ya determinada en la audiencia pasada, por lo que se relevó de volver a mencionar los hechos sobre los cuales recaía esa presunción.

Así, en el hecho 4° de la demanda, el actor manifestó *“Mi poderdante el señor HERNANDEZ BETANCUR, realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hasta el 30 de noviembre de 2014”*, para lo cual, Horizonte hoy Porvenir S.A. dijo *“Se niega. El Demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrador por HORIZONTE, el 1 de abril de 1996, afiliación que surtió efectos desde el 1 de junio de ese mismo año, hasta el 28 de febrero de 2006”*.

Respecto del hecho 6, se dijo en la demanda *“El asesor de HORIZONTE gestiono (sic) el traslado pensional del actor, pero no le brindo (sic) al afiliado la asesoría legal que se requería para esa determinación, no dio la información plena, cierta seria y oportuna, que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo e informado y consiente de las consecuencias que le generaría esta decisión”* **mientras que en la contestación se indicó** *“Se niega. HORIZONTE le informó al Demandante de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante el “RAIS”), sus diferencias frente al Régimen de Prima media con Prestación Definida (en adelante el “RPM”), y las consecuencias derivadas del traslado de régimen, para que con base en dicha información, aquél decidiera lo que mejor se acomodara a su expectativa pensional”*.

En relación con el hecho 8 de la demanda, se dijo: *“La obligación de la información adecuada o debida, fueron desconocidas, y la carencia de asesoría legal y específica llevaron a error de deducción al señor HERNANDEZ BETANCUR, implicando que se trasladara de REGIMEN PENSIONAL, circunstancia que lleva consigo una pensión de vejez con un monto pensional inferior a la que se causaría si permanecería en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA”* a lo que el juzgado tuvo como cierto parcialmente la parte final de la contestación de Horizonte hoy Porvenir S.A. frente a este supuesto fáctico de la siguiente manera *“HORIZONTE informó al Demandante de manera clara y precisa sobre las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM, y las consecuencias derivadas del traslado de régimen, con base en dicha información aquél suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por HORIZONTE”*.

En lo que tiene que ver con el hecho 9, se indicó en la demanda *“El traslado de régimen del señor HERNANDEZ BETANCUR obedeció a que el asesor con quien suscribió el acta de afiliación a LA AFP HORIZONTE S.A., quien para tal época se encargó de realizar trámite de vinculación del demandante a tal entidad, le manifestó que: EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba hacer liquidado estando en riesgo sus aportes en pensión. “Que se pensionaría a los 55 años, en las mismas condiciones como si fuera el seguro social, que lo único que cambiaba era el nombre de la administradora de pensión, y se tenían que pasar porque el seguro social se acababa y solo quedaba una oficina en Bogotá para atender casos especiales. Se Pensionaba con menos semanas cotizadas y no tenía que esperar cumplir los 55 años”*.

Frente a lo cual la a quo tuvo por cierto el segundo párrafo de la contestación a este hecho, así: *“Se niega. En primer lugar, es completamente cierto que en el RAIS, podría pensionarse a una edad más temprana a comparación con el RPM, toda vez que y (sic) las semanas cotizadas no son un factor generador de la pensión, este podría pensionarse a temprana edad siempre y cuando el saldo en su cuenta de*

ahorro individual así lo permitiera, tal y como le fue explicado al Demandante por HORIZONTE”.

Finalmente, respecto del hecho 11 de la demanda el que reza: “*De acuerdo a los hechos anteriormente narrados, resulta claro afirmar que la afiliación al RAIS es absolutamente nula ya que como lo hemos ratificado el fondo privado no indico lo siguiente: a) No informo (sic) cual (sic) sería el capital necesario que mi mandante debía acreditar en su cuenta individual para poder pensionarse. B) no le informaron cual (sic) sería el capital necesario que mi mandante debía acreditar en su cuenta individual si quería pensionarse anticipadamente; c) no le informaron que su mesada pensional quedaría muy inferior a la mesada del régimen de prima media con prestación definida. D) No le informaron que debía cotizar más tiempo en el RAIS que en COLPENSIONES. E) No le informaron que al trasladarse de régimen perdería el régimen de transición. F) no le informaron que si se quedaba en COLPENSIONES se pensionaría a los 55 años y 20 años de servicio. G) El fondo privado no le informo a mi mandante en qué fecha exacta se causaría el derecho (día específico y cierto) y no de una condición potestativa del promitente afiliado. Artículos 1534 y 1535 del Código Civil”.*

Mientras que la *a quo* tuvo por cierto el párrafo 3 del hecho 11 de la contestación a la demanda por parte de Horizonte hoy Porvenir S.A. en el siguiente sentido: “*En segundo lugar, HORIZONTE le explicó al Demandante la imposibilidad de determinar el valor de la pensión a priori, toda vez que esta comprende diferentes variables como lo es la expectativa de vida de la persona, su núcleo familiar, la expectativa de vida de estos”.*

Entonces, si bien los documentos allegados por la parte demandada nada acreditan sobre la información que se le brindó en su momento al demandante, ello no impide que se obtenga la prueba de tal hecho por otro medio probatorio, como ocurrió en este caso a través de la confesión de la parte actora; por cuanto para la Sala las afirmaciones realizadas por Porvenir S.A. en la contestación a los hechos 4, 6, 8, 9

y 11, corresponden a un hecho jurídico que comporta una consecuencia en el mundo procesal, que no es otra que la confesión ficta, pues nótese que allí la AFP indicó que al momento del traslado de régimen le brindó al demandante información en los términos que tiene decantada nuestra Superioridad; esto es, una 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 este; lo que lleva a concluir que la AFP logró demostrar que sí brindó información completa, veraz y oportuna cumpliendo así con la carga probatoria de desvirtuar la negación indefinida contenida en los hechos de la demanda, por lo que no le asiste la razón a la parte demandante.

En suma, se predica que ese traslado fue eficaz, ya que estuvo precedido de la suficiente información que debía la AFP entregar a su potencial afiliado, lo que de contera lleva a indicar que pese a que el actor era beneficiario del régimen de transición por edad, ya que tenía más de 40 años de edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, aquel perdió tal beneficio al trasladarse de manera voluntaria al RAIS como lo dispone el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el que no recuperó al retornar al RPM por prohibirlo la ley; de tal manera que debía aplicársele la ley 100 de 1993 con sus modificaciones; por ende, acertó la jueza al no acceder a las pretensiones de la demanda.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se confirmará la sentencia por lo dicho en precedencia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la parte demandada al tenor del numeral 3° del artículo 365 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS al fracasar su recurso de apelación.

DECISIÓN

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2018-00306-01

Omar Emilio Hernández Betancur vs. Colpensiones y Porvenir S.A.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Omar Emilio Hernández Betancur** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Porvenir S.A.**, por lo dicho en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia al demandante y a favor de la parte demandada.

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Aclara Voto

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2018-00306-01
Omar Emilio Hernández Betancur vs. Colpensiones y Porvenir S.A.

Firmado Por:

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

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 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: **c3206c38e88b2838bb860570afc74fba1ee4d4b3280016da3a8797db4512b659**

Documento generado en 30/11/2022 07:18:06 AM

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