El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP / ES CARGA DE LA ENTIDAD DEMOSTRAR QUE CUMPLIÓ DICHA OBLIGACIÓN / VALOR PROBATORIO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / NO VALIDA POR SÍ SOLO EL TRASLADO / CONFESIÓN FICTA / ANÁLISIS.**

… el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional…

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio. (…)

“… 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”. (…)

… También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

“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”.

… el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

… según se extrae, el presente recurso se cifra en determinar si la operadora judicial de primera instancia erró negar la ineficacia del traslado de régimen, al efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio…

En lo que interesa a esta causa, son entonces dos los aspectos que conviene resaltar de la norma en cita. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la aplicación de la sanción procesal en comento tiene como presupuesto la comparecencia de una de partes a la audiencia y la inasistencia de la otra; de manera que, tanto cuando ambas asisten como cuando no lo hacen, la medida es improcedente.

En segundo lugar, debe destacarse que aquello sobre lo que opera la confesión ficta, es sobre (i) hechos (ii) 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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Guillermo Balcárcel Avellaneda  |
| Demandado: | Colpensiones y Protección  |
| Radicación No. | 66001–31-05-004-2018-00297-01 |
| Juzgado origen: | Cuarto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **REVOCA Y CONCEDE** |

Registro del proyecto: primero (01) de octubre de 2020

Acta de discusión No. 144 del 06 de octubre de 2020

Pereira, Risaralda, nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** y **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA,** a resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

(…)

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda**

Pretende el demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de fondos de pensiones **Protección**, así como la validez y vigencia de la afiliación a **Colpensiones**.Consecuentemente, solicita que se condena **Colpensiones** a recibirlo y a **Protección** a liberarlo de sus bases de datos y trasladar al régimen de prima media todos los valores recibidos con motivo de su vinculación a la entidad, tales como cotizaciones, frutos e intereses. Lo anterior, aunado a la condena en costas a ambas demandadas.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que se afilió al régimen de reparto en agosto de 1980 a través del ISS; que en el mes de febrero de 1996 solicitó afiliarse a Protección; y que la solicitud del traslado estuvo precedida de la vista de un asesor de la entidad, quien le indicó que de afiliarse podría pensionarse a más temprana edad, que su mesada pensional sería más alta, que podría heredarla hasta el quinto grado de consanguinidad, que de no querer pensionarse podría optar por la devolución de los saldos y que el ISS estaba próximo a desaparecer, omitiendo informarle que la posibilidad de heredar la pensión estaba condicionada a la elección de la modalidad de retiro programado, los beneficios, las consecuencias del traslado y en general, obtener un consentimiento informado.

Igualmente, mencionó que al 25 de mayo de 2018 contaba con un saldo de $214.183.144 en su cuenta de ahorro individual y un total de 1861 semanas; que Protección le informó que con esta suma, a los 62 años se pensionaría con una mesada de $1.378.404 y que no cuenta con el archivo de la asesoría de traslado; que en el régimen de prima media su mesada sería de $4.561.928; y que el 12 de junio de 2018, Colpensiones le negó la afiliación por encontrarse a 10 o menos años del requisito para pensionarse (fl. 4 a 29)

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. Colpensiones**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda calificando como cierta la vinculación de la demandante al ISS y la negativa a la solicitud retorno al régimen de prima media. En relación con los hechos restantes, manifestó que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones de la litis señalando que el traslado se efectuó conforme a derecho y en su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “inexistencia de la obligación”, “prescripción”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “buena fe” e “imposibilidad de condena en costas” (fls. 83 a 94).

**1.2.2. Protección**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la vinculación del demandante a la entidad y las semanas cotizadas al 25 de mayo de 2018. Los restantes no los admitió o dijo que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones aduciendo que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, con el lleno de los requisitos legales existentes al momento, Como excepciones formuló las que denominó “prescripción”, “validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad” y “buena fe y confianza legítima” (fls. 106 a 120).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 17 de septiembre de 2019, en la que se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas procesales al demandante en un cien porciento (100%).

Para arribar a esa determinación, apuntó que corresponde a las administradoras de pensiones la carga de probar el cumplimiento del deber de información que le corresponde de acuerdo con el Decreto 663 de 1993, artículo 12, el Decreto 720 de 1994, artículo 12 y los desarrollos jurisprudenciales logrados en la materia.

No obstante, considerando que la parte demandante no asistió a la audiencia de que trata el artículo 77 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, recordó que en esa oportunidad se dio aplicación a las reglas contenidas en los numeral 1º y 3º del mismo cánon, de acuerdo con las cuales, como en la contestación de la demanda hecha por Colpensiones no se incluyeron hechos susceptibles de confesión, esta conducta se tuvo como **indicio grave en contra del demandante** y a su vez, declaró como **presuntamente ciertos los hechos aducidos por Protección** en la contestación en la demanda, así:

En cuanto al hecho tercero de la demanda:

*“*que Protección, a través de sus asesores comerciales brindó, respecto del régimen de ahorro individual, información acorde con lo previsto en la normativa para dicho régimen, es así como al actor a lo sumo se le pudo haber puesto de presente la posibilidad de pensionarse anticipadamente conforme al artículo 64 de la Ley 100, pero sin que en ningún momento se le haya garantizado que ello ocurriría. Tampoco se le pudo haber garantizado un monto superior de pensión en tanto en tanto que la conformación de la pensión de vejez no depende de manera exclusiva de la administradora de fondos de pensiones y en su formación inciden aspectos futuros e inciertos”.

Los hechos de la defensa, primero, segundo y tercero, que hacen referencia a que:

*“al señor Guillermo Balcárcel Avellaneda, no se le impuso la selección del régimen de ahorro individual como tampoco su permanencia en le mismo”; “que al demandante no se le impidió trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, siendo que éste no lo hizo de manera oportuna por omisión propia”; y “que la asesoría brindada por Protección al actor, fue acorde a la información existente para entonces y según lo previsto en la normativa respecto a la realización de un traslado de régimen pensional. Asimismo se dio conforme a lo previsto por el legislador respecto del sistema general de pensiones en especial del régimen de ahorro individual”.*

Y el hecho contenido en la excepción de validez del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que hace alude a que:

*“el traslado efectuado por el señor Guillermo Balcárcel Avellaneda al régimen de ahorro individual con solidaridad, se encuentra revestido de validez y eficacia al cumplirse los requisitos legales para ello, como también al haberse respetado la libertad de escogencia y los derechos mínimos e irrenunciables a la seguridad social”*

De lo anterior, previa advertencia de que el demandante no aportó ninguna prueba que desvirtuara la confesión ficta, coligió que la administradora de pensiones cumplió con el deber de información necesaria que le asistía, de acuerdo con la normatividad vigente al momento en que se dio el acto de traslado y por tal motivo, debían negarse las pretensiones de la demanda.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando no entender que se aceptaran las pretensiones de la parte demandada, cuando esta no aporta ninguna prueba que acredite que el asesoramiento fue claro y acorde con lo ordenado por las altas cortes y el sistema bancario para la época.

Igualmente, manifestó no entender el motivo por el que no se tuvo en cuenta la confesión que realizó el demandante sobre la información que se le brindó durante el acto de traslado y que configura un engaño, en tanto no se le hizo un comparativo entre ambos regímenes, no se le explicaron las desventajas de pertenecer a uno u otro, no se le manifestó que el régimen de prima media no desaparecería con el Seguro Social y en general, no fueron tenidos en cuenta los argumentos dados al momento de absolver el interrogatorio de parte y demás elementos probatorios, que solicita sean valorados.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, las partes allegaron los escritos de alegaciones correspondientes, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos al interior de la Sala, por lo que se procede a resolver de fondo, previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

 De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a ***(i)*** determinar cuáles eran las obligaciones de la A.F.P Protección en materia de información frente al potencial afiliado, para el momento en que el actor efectuó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ***(ii)*** establecer cuáles son los deberes probatorios que le asisten a las partes cuando está en discusión judicial la eficacia del traslado entre regímenes, ***(iii)*** determinar si la falladora de primera instancia erró al negar la ineficacia del traslado de régimen, por efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio, ***(v)*** constatar si el traslado de régimen realizado por el actor fue o no eficaz y ***(vi)*** en caso de no serlo, cuáles son los efectos de ello.

 **5.3. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que 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. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

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

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

*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.*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

 **b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838 explicó:

*2.* ***El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado***

*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 U 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

 *(…) 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 SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o 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.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*“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.*

*…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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*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.*

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

*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. Corno 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.*

De lo anterior, puede derivarse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que (i) la demandante nació el 08 de mayo de 1959 (fl. 30); (ii) que estando afiliada al ISS (hoy Colpensiones), el 26 de enero de 1996 suscribió solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual a través de Protección (fl. 129), efectiva a partir del 01 de febrero de 1996 (fl. 121); que el 27 de febrero de 2009 rubricó formulario de afiliación a ING (fl. 153); que en comunicación del 25 de mayo de 2018, Protección efectuó una proyección pensional al actor informándole que su mesada en el RAIS sería de $1.378.404 a los 62 años y de $3.539.159 en el RPM (fls. 33 a 38); y que al 23 de noviembre de 2018 contaba con 1887 semanas de cotizaciones al sistema de pensiones, de las cuales 781,57 fueron al régimen de prima media y 1105,71 al régimen de ahorro individual (fls. 121 a 147).

En este escenario, la sentenciadora de primer grado concluyó que el traslado de régimen que se materializó con la afiliación del 26 de enero de 1996 es eficaz, considerando para el efecto el indicio grave y la confesión ficta de algunos supuestos contenidos en la contestación de la demanda hecha por Protección, los cuales, a pesar de admitir prueba en contrario no habrían sido desvirtuados por el actor.

Esta decisión es cuestionada por el demandante, quien argumenta que Protección no cumplió con las obligaciones que le asistían en materia de información, que no se tuvo en cuenta las manifestaciones efectuadas durante el interrogatorio de parte -las cuales califica como confesión- en el sentido de no haber recibido cierta información y en general, solicita una nueva valoración probatoria.

Por lo tanto, según se extrae, el presente recurso se cifra en determinar si la operadora judicial de primera instancia erró negar la ineficacia del traslado de régimen, al efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio, advirtiendo desde ahora, que de acuerdo con lo lineado en sentencia CSJ SL, del 24 de abril de 2013, radicación 42192, reiterada en sentencia SL16082 de 2015 y 2190 de 2019:

“(…) conforme al principio de consonancia que contempla el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se encuentra circunscrita a las materias objeto del recurso, sin que, por tal motivo, se vea éste limitado por los argumentos que al respecto le presenten las partes, pues en la valoración de las pruebas y calificación jurídica de los hechos el juez es autónomo, estando sometido tan solo a la libre formación del convencimiento conforme a los principios científicos que informan la crítica de las pruebas, para lo primero, y a la ley, para lo segundo (…) .

De modo que ni los razonamientos fácticos ni los jurídicos, constituyen limitaciones para el Tribunal a efectos de resolver la apelación, pues lo que le compromete del fallo de la primera instancia y de la impugnación, salvo razones de inescindibilidad o de orden superior como la protección de los derechos laborales mínimos legales o los ciertos e indiscutibles, son las materias que hubieren sido objeto del recurso.”

Así pues, supeditada la colegiatura a la temática planteada y no a los pedimentos, razonamientos y alegaciones jurídicas y fácticas del apelante, ni a las del juzgado, la figura empleada por la jueza *a quo* invita a recordar, siquiera someramente, que el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que *“si el demandante o el demandado, no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada”* y como consecuencias procesales, si se trata del demandante, *“se presumirán ciertos* ***los hechos susceptibles de confesión*** *contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito*”; si se trata del demandado, *“se presumirán ciertos* ***los hecho****s de la demanda* ***susceptibles de confesión****”*, y cuando los hechos no admitan confesión, la no comparecencia debe apreciarse como indicio grave en su contra.

En lo que interesa a esta causa, son entonces dos los aspectos que conviene resaltar de la norma en cita. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la aplicación de la sanción procesal en comento tiene como presupuesto la comparecencia de una de partes a la audiencia y la inasistencia de la otra; de manera que, tanto cuando ambas asisten como cuando no lo hacen, la medida es improcedente.

En segundo lugar, debe destacarse que aquello sobre lo que opera la confesión ficta, es sobre (i) hechos(ii)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. “La gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas.” (CSJ SC Sentencia de 14 de abril de 1947)

De otra parte, que los hechos que pueden presumirse ciertos, necesariamente deben reunir los requisitos de la confesión, establecidos en el artículo 191 del Código General del proceso, así: (1) el confesante debe tener capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el hecho que resulte confesado, (2) los hechos deben ser adversos al confesante o favorables a la contraparte, (3) debe recaer sobre hechos cuya demostración no exija otro medio de prueba, (4) debe ser expresa consciente y libre, (5) debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre los que tenga o deba tener conocimiento. Luego, como se regla en el inciso final del artículo en comento, ***“[l]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas procesales de apreciación de las pruebas****”* recordando además que, a diferencia de las consecuencias buscadas con la confesión en vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, los interrogatorios de parte pueden tener fuerza probatoria para aclarar o demostrar algunos hechos.

Así las cosas, siguiendo el orden de lo expuesto, llama la atención la forma en que se dio aplicación a la sanción procesal por la inasistencia a la audiencia de conciliación y en particular, que la ausencia de la parte demandante hubiere sido considerada como indicio grave en su contra frente a Colpensiones y como razón para declarar la confesión ficta de lo aducido por Protección en la contestación; cuando de la parte demandada, integrada por ambas entidades, únicamente asistió a la audiencia el representante legal de Protección, pues en representación de Colpensiones, únicamente asistió el sustituto de su apoderado judicial. Sin embargo, como la imposición de dichas ficciones no es discutida, se abstendrá la Sala de efectuar análisis adicionales al respecto.

Continuando, observa la Sala que tal y como fueron mencionados en la sentencia, clausurada la etapa de conciliación, la jueza declaró como presuntamente ciertas las premisas postuladas por Protección en la contestación al hecho tercero de la demanda, en el acápite de los hechos de la defensa y en la excepción de validez del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; algunas de las cuales son hechos y otras que en verdad no lo son.

En el hecho tercero de la demanda, la activa afirmó que:

“El agente comercial que visitó a **GUILLERMO BALCÁRCEL AVELLANEDA**, le informó que, de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por esa AFP, podría pensionarse a más temprana edad de lo que lo haría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que el monto de la pensión sería mucho más alto que la que le otorgaría el **RSPMPD.**”

En los términos de la contestación de la A.F.P. Protección, la jueza declaró como presuntamente cierto que:

“Protección, a través de sus asesores comerciales brindó, respecto del régimen de ahorro individual, información acorde con lo previsto en la normativa para dicho régimen, es así como al actor a lo sumo se le pudo haber puesto de presente la posibilidad de pensionarse anticipadamente conforme al artículo 64 de la Ley 100, pero sin que en ningún momento se le haya garantizado que ello ocurriría. Tampoco se le pudo haber garantizado un monto superior de pensión en tanto que la conformación de la pensión de vejez no depende de manera exclusiva de la administradora de fondos de pensiones y en su formación inciden aspectos futuros e inciertos”.

Ora, la afirmación de que *“Protección, a través de sus asesores comerciales brindó, respecto del régimen de ahorro individual, información acorde con lo previsto en la normativa para dicho régimen”* no es un hecho, sino un juicio o una calificación de hechos que no se exponen y que supone una contrastación con normas que no se identifican. En lo demás, lo manifestado por Protección tampoco puede considerarse una genuina confesión ficta de hechos, pues nada se postuló como tal, sino como hipótesis de lo que **“pudo”** pasar y que, como tal, deja abierta la posibilidad de que no pasara de ese modo.

Continuando, presentados por Protección como *“HECHOS DE LA DEFENSA”,* la juzgadora de primera instancia declaró como presuntamente cierto, **primero**, que “al señor Guillermo Balcárcel Avellaneda, no se le impuso la selección del régimen de ahorro individual como tampoco su permanencia en le mismo”; **segundo,** “que al demandante no se le impidió trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, siendo que éste no lo hizo de manera oportuna por omisión propia”; y **tercero**, “que la asesoría brindada por Protección al actor, fue acorde a la información existente para entonces y según lo previsto en la normativa respecto a la realización de un traslado de régimen pensional. Asimismo se dio conforme a lo previsto por el legislador respecto del sistema general de pensiones en especial del régimen de ahorro individual”.

Luego, aunque los asertos primero y segundo pueden calificarse como hechos, lo cierto es que no guardan relación con el cumplimiento del deber de información que al que estaba obligado Protección en el acto de traslado, que es el verdadero objeto de la causa. El tercero no es hecho, es un juicio de valor o si se quiere, una consideración personal de la demandada que ni siquiera devela un razonamiento estructurado, pues nada dice sobre lo que motiva su hipótesis.

Situación que ocurre de manera similar en punto de lo expresado por Protección al presentar la excepción de *“validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”*, en donde propuso que *“el traslado efectuado por el señor Guillermo Balcárcel Avellaneda al régimen de ahorro individual con solidaridad, se encuentra revestido de validez y eficacia al cumplirse los requisitos legales para ello, como también al haberse respetado la libertad de escogencia y los derechos mínimos e irrenunciables a la seguridad social”.* Se insiste, estos no son hechos, son calificaciones que por comportar 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.

En suma hasta aquí, acorde con lo que la sentenciadora unitaria declaró presuntamente cierto, los hechos sobre los cuales operan la confesión ficta del demandante, son los relativos a que *“al señor Guillermo Balcárcel Avellaneda, no se le impuso la selección del régimen de ahorro individual como tampoco su permanencia en el mismo*”; ni se “*le impidió trasladarse al régimen de prima media con prestación definida”*. No obstante nótese que estos son aspectos que no indican la satisfacción del deber de información en la antesala del traslado del régimen pensional del actor o que son insuficientes para predicar la eficacia del mismo.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que Guillermo Balcárcel Avellaneda podía confesar que su traslado de régimen pensional se dio con el cumplimiento de la normatividad vigente y que por ello esto podría presumirse cierto; cabe observar que al tenor del artículo 198 de la norma procesal genera, la *“confesión”* puede ser infirmada y esto es precisamente lo que habría ocurrido cuando el actor absolvió el interrogatorio de parte.

Para explicar este planteamiento, nuevamente se recuerda que el inciso final del artículo 191 del CGP, entroniza que la *“simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”* por lo que, las manifestaciones del actor durante el interrogatorio de parte que no constituyen confesión, bien pueden ser apreciadas como aquella (declaración de parte) y consecuentemente, ser considerada para infirmar la confesión ficta impuesta como sanción procesal por la inasistencia a la audiencia de conciliación.

En ese sentido, debe considerarse que el señor Guillermo Balcárcel Avellaneda al absolver el interrogatorio de parte por cuenta de Protección y de Colpensiones, indicó que nunca fue informado sobres las ventajas o desventajas del régimen de prima media, sobre las desventajas y riesgos del régimen de ahorro individual, ni sobre la incidencia de comportamiento de la economía en los rendimientos que tendría los saldos de su cuenta de ahorro individual, en tanto, lo que se le explicó fue que podría pensionarse a cualquier edad, acceder a una mesada más alta o simplemente solicitar la devolución de lo ahorro en caso de no querer pensionarse.

En otras palabras y concluyendo este punto en aras de la controversia, realizó diferentes negaciones indefinidas que, de acuerdo con el inciso final del artículo 167 del C.G.P., no requieren prueba e infirman la mal llamada confesión ficta de que Protección *le brindó información de acuerdo con la normatividad vigente* y de contera, que el *traslado hubiese sido eficaz o que se realizó con apego a los requisitos legales*.

Como se mencionó en el recuento normativo y jurisprudencial, para la época en que ocurrió el traslado del demandante estaban en vigor los cánones de los artículos 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y diversas disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, al no menoscabo de los derechos laborales y a la autonomía personal, conforme a los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la eventual pérdida de beneficios pensionales y del régimen de transición pensional.

Empero, analizado caudal probatorio bajo estos parámetros, tal y como lo reconoció la representante legal de Protección durante el interrogatorio de parte rendido por cuenta del demandante, la única prueba que existe en relación con el acto de afiliación, corresponde al formulario suscrito por el actor y no existe otro medio que de cuenta de sobre qué fue lo informado al señor Balcárcel Avellaneda, distinto al interrogatorio absuelto por él, en donde no hubo confesión sino la puesta en evidencia, con más detalle, de las omisiones en que incurrió la AFP.

Precisamente, como el único documento relacionado con el acto de traslado que obra en el proceso es el formulario de afiliación, impera anotar que es evidente que lo consignado en mismo, visible a folios 53, 129 y 189, no es más que un formalismo del cual no es posible inferir que hubiere existido algún tipo de asesoría para el trabajador que la suscribió; pues este documento no evidencia algún tipo de información que pueda concluirse clara, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar al fondo privado accionado.

Agregando a lo anterior, la simple firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, habida consideración de que no acredita que efectivamente el acto de traslado estuvo precedido de la ilustración suficiente al afiliado; que se le informó sobre las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias del traslado, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Así las cosas, visto que en lo calificado como confesión ficta no existen hechos de los que pueda colegirse que el traslado estuvo mediado por el cumplimiento del deber de información y no obrando en el plenario otros medios de prueba relacionados con dicho acto, la Sala concluye que se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues como se dijo, basta la mera ausencia de información clara, precisa y completa al afiliado, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional. Situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso. Por ello no queda la menor duda que, en el sub lite, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la A.F.P. PROTECCIÓN a la demandante en el traslado que esta realizó en enero de 2003 -carga probatoria que como quedó visto era de la AFP- , la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con Colpensiones**,** no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja su cuenta de ahorro individual, esto es, la AFP Protección, debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones los saldos de la cuenta individual, incluyendo los aportes, rendimientos, bonos pensionales, entre otros, y además los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y sumas retenidas para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, percibidas desde febrero de 1996 cuando la afiliación se hizo efectiva e incluyendo los lapsos de vinculación a través de la AFP ING, con la que se fusionó por absorción (fl. 56).

Ratifica lo anterior, y en especial sobre los gastos de administración, lo que sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema en la sentencia SL1421-2019, Rad. 56174 en la cual se dice lo siguiente:

*Conforme a lo establecido en sede de casación, 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, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba 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...”*

**Frente a las excepciones propuestas,** la mismas no tienen vocación de prosperidad: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas las de *“inexistencia de la obligación”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”* y *“buena fe”* propuestas por Colpensiones, y las de *“validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”* y *“buena fe y confianza legítima”* formuladas por Protección.

La otra de *“prescripción”,* invocada por ambas demandadas, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo.

En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

*Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo (CSJ SL8544-2016)”.*

Con base en lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y se declarará la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por Guillermo Balcárcel Avellaneda del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Protección S.A., mediante solicitud del 26 de enero de 1996, efectiva a partir del 01 de febrero de ese mismo año.

Asimismo, se declarará que Guillermo Balcárcel Avellaneda siempre ha estado afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere estado afiliado al régimen de ahorro individual.

Consecuentemente, se ordenará a Protección, que le traslade todas las cotizaciones, con sus rendimientos, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación del demandante, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

Las costas causadas en ambas instancias quedarán a cargo de Protección y en favor del demandante, en un 100%, teniendo en consideración que es el responsable de los hechos que conducen a la declaración de la ineficacia y resultar vencida en juicio. Dado que Colpensiones no tuvo participación en ello, se absolverá de las mismas y por tal motivo se declarará probada la excepción de *“imposibilidad de condena en costas”.*

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad de la recurrente y resultas la totalidad de las pretensiones y medios exceptivos.

**VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia a sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **GUILLERMO BALCÁRCEL AVELLANEDA** del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, mediante solicitud del 26 de enero de 1996, efectiva a partir del 01 de febrero de esa misma anualidad.

**TERCERO: DECLARAR** que **GUILLERMO BALCÁRCEL AVELLANEDA** se encuentra afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida a través de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere pertenecido al régimen de ahorro individual.

**CUARTO:** **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que le traslade todas las cotizaciones, con sus rendimientos, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación del demandante, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, incluyendo los lapsos de vinculación a través de la AFP ING, con la que se fusionó por absorción.

**QUINTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** que proceda a activar la afiliación del señor **GUILLERMO BALCÁRCEL AVELLANEDA** en la entidad y a recibir las sumas trasladas por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**SEXTO: DECLARAR** probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” propuesta por **COLPENSIONES.**

**SEPTIMO: DECLARAR** no probados los restantes medios exceptivos propuestos por **COLPENSIONES** y la totalidad de las excepciones invocadas **PROTECCIÓN S.A.**

**OCTAVO: CONDENAR** en cosas a PROTECCIÓN S.A., por ambas instancias, en un cien porciento (100%), de las causadas en favor del demandante.

La anterior decisión queda notificada en estados

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto