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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 5 de junio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-002-2016-00467-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Darío Rodríguez Tabares

Demandado: Colpensiones, Protección y Colfondos SA

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados, es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

… el Decreto 720 de 1994… establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993…

… su precepto 10 reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora...”.

De tal suerte, que contrario a lo aseverado por una de las recurrentes, existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados…

Así las cosas, refulge evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia...

… es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”.

… al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los cinco (5) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las dos de la tarde (2:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida el 22 de junio de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **José Darío Rodríguez Tabares** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, AFP Colfondos S.A.** y la **AFP Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual efectuado por él a través de Colmena AIG hoy Protección S.A. y, en consecuencia, pide que se ordene a Colpensiones tenerlo como su afiliado y que Colfondos, fondo al cual se encuentra actualmente afiliado, proceda a trasladar la totalidad de los saldos de la cuenta individual, los cuales deberán ser recibidas por Colpensiones.

Para así pedir, el actor refiere que nació el 28 de enero de 1955 en Anserma, Caldas; que realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; que el 22 de febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A.; que dicha entidad omitió dar la información relacionada con las consecuencias del cambio, la información relacionada con las ventajas y desventajas de dicho trámite y la diferencia en el monto de la pensión; que el 28 de diciembre de 1997 solicitó la vinculación a la AFP Colfondos S.A.; que el 4 de febrero de 2016 radicó derecho de petición en el que solicitó copia de la información que le fue brindada para el cambio de régimen, pero mediante oficio del 15 de septiembre de ese mismo año, allegó copia del a afiliación y manifestó que la asesoría fue presencial, y por ende, no cuenta con la documentación respectiva. Por último, aduce que el 30 de junio de 2015 le solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, sin embargo, esa entidad rechazó su solicitud arguyendo que le faltaban menos de diez años para alcanzar el requisito de tiempo para pensionarse.

Admitida la demanda, se dio traslado a los demandados, los cuales allegaron respuesta en el siguiente tenor: Protección S.A., valiéndose de profesional del derecho, se pronunció frente a los hechos, aceptando la afiliación anterior al Régimen de Prima Media, el traslado de régimen efectuado a la AFP Colmena y el traslado en el año 1997 a la AFP Colfondos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción” y “Buena fe”, ver folios 40 a 53.

Por su parte, Colfondos a través de su portavoz judicial aceptó que el demandante se trasladó de régimen, en virtud de la afiliación a Colmena, la respuesta a la petición presentada por el actor, la afiliación a dicho fondo y su fecha de efectividad. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso los mismos medios exceptivos de mérito propuestos por el otro fondo privado, ver folios 88 a 99.

Finalmente Colpensiones, valiéndose de profesional del derecho, allegó respuesta en la que se pronunció respecto a los hechos, aceptando los atinentes a la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones efectuadas al régimen de prima media, la solicitud de traslado de régimen al RPM y la respuesta negativa de esa entidad. Respecto a los restantes hechos, indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación2, “Buena fe” e “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, ver folios 121 a 125.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

La a-quo accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y ordenando la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones. Para llegar a tal conclusión, empezó por decir que no era procedente alegar la caducidad o prescripción de la acción invocada por los fondos privados accionados, por cuanto de lo que se trata en estos asuntos es de verificar si el acto jurídico del traslado es o no eficaz. Acto seguido, indicó que las administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar al afiliado información completa, clara y precisa para la decisión del cambio de régimen pensional, lo cual no encontró satisfecho, pues consideró que la sola suscripción del formulario de afiliación no es prueba de ello, amén de que el libelo introductor posee varias negaciones indefinidas que no fueron desvirtuadas por el fondo privado al cual se hizo la selección inicial del traslado de régimen. Consideró que tampoco el interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, permite establecer que el demandante recibió dicha información, pues no tenía suficiente conocimiento en la materia y sólo advirtió dos características generales del RAIS. Así las cosas, encontró que el traslado era ineficaz, accediendo como ya se dijo, a los pedidos de la demanda.

***III. RECURSO DE APELACIÓN.***

Todos los codemandados estuvieron inconformes con la sentencia de primer grado, por lo que presentaron recurso de apelación, el cual sustentaron en los siguientes términos:

La togada que representa los intereses de la AFP Protección S.A. pide que se revoque el fallo y se declaren probados los medios exceptivos, pues estima que el tema de la ineficacia del traslado no puede aplicarse sino obra una lesión injustificada de por medio, siendo una de tales, la pérdida de transición, caso que no es el del demandante. Estima que el deber de información no estaba vigente para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional, por ende, no puede imponérsele esa carga a la entidad. Aduce que no se tuvieron en cuenta las confesiones logradas en el interrogatorio de parte que rindió el actor, y que si bien los hechos de la demanda constituyen negaciones, estas no son indefinidas, por lo que no puede abusarse de la norma procesal para exonerar a la parte actora de probar sus dichos.

La sociedad Colfondos, aduce que el demandante admitió en el interrogatorio de parte que sí fue debidamente informado acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, tan es así que no sólo suscribió el formulario de afiliación al RAIS, sino que se trasladó a otro fondo privado y ha efectuado cotizaciones en ese sistema por más de 20 años. Critica que la a-quo se haya accedido a los pedimentos del actor, aun cuando este no es beneficiario del régimen de transición, y además, que haya impuesto costas procesales a su cargo, aun cuando el traslado de régimen pensional se dio con otro fondo privado.

Por su parte, el portavoz de Colpensiones pidió que se revocara la sentencia, teniendo en cuenta que se está contrariando la Ley 797 de 2003, en cuanto estipula que nadie podrá trasladarse de régimen pensional faltándole diez años o menos para cumplir la edad mínima de pensión. Además, porque el fallo no tiene en cuenta la prevalencia de las sentencias de constitucionalidad que predican que el traslado entre regímenes pensionales en cualquier tiempo, sólo opera cuando el afiliado acredita tener 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, situación que no ocurre en este caso. Por último, aduce que la decisión genera inestabilidad jurídica y vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

**IV. CONSIDERACIONES:**

Es esta Sala de Decisión competente para desatar la alzada, en virtud del factor funcional, establecido en el artículo 15, literal b numera 1º del CPLSS.

**Problema jurídico.**

Para resolver los recursos de apelación propuestos por los codemandados, esta Sala deberá resolver los siguientes interrogantes:

*¿Cabe analizar la eficacia del traslado de régimen en los eventos en que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición?*

*¿Cuáles es el régimen probatorio cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales?*

*¿Es nueva la normativa que exige a la administradora de pensiones brindarle al afiliado (a) información veraz y oportuna al momento del traslado?*

*¿En qué medida el interrogatorio de parte rendido por el actor, demuestra de que si recibió la debida información, al momento de su traslado pensional?*

*¿Se vulnera el principio de la estabilidad financiera del sistema en contra de Colpensiones?*

*¿Procede la condena en costas a cargo de Colfondos S.A.?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es su voluntad hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados,  es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

A su turno, el artículo 272 ibídem previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, pues en esos casos los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Carta Política imperan con plena validez y eficacia.

Tal cuerpo normativo se desarrolló, entre otras disposiciones, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prescribir los elementos que debe contener el formulario y, las consecuencias de la falta de alguno de dichos supuestos.

  Complementario a dicho panorama legislativo está el Decreto 720 de 1994 (que entró en vigencia el 07 de abril de ese año), que establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 disciplina que:

*“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones****deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación****, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”-negrillas para destacar-*

Al paso que su precepto 10 reza:

*“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad****compromete la responsabilidad de la sociedad administradora****... sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

De tal suerte, que contrario a lo aseverado por una de las recurrentes, existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), el cual es del siguiente tenor literal:

*“1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado."*

Tal compendio normativo fue reiterado y mejorado mediante el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Aunada a esta copiosa legislación, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, posee su apoyo jurisprudencial, entre otros en los fallos de 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314, 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083, SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014, radicación 46292, siendo oportuno citar un aparte de esta última decisión que con claridad meridiana decanta:

*“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.*

Así las cosas, refulge evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, aspecto que ha diferenciarse, en lo relativo al mandato legal, en virtud del cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En efecto, tales términos perentorios de la fidelidad al régimen pensional escogido, impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, puesto que mientras ronde la sospecha de no haberse efectuado al afiliado (a) la información pertinente y eficaz, al momento de la afiliación o traslado entre regímenes, seguirá campeando la ineficacia, predicable a tales instituciones, habida consideración de que, sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado (a) a permanecer a un fondo pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró del RPMPD, al RAIS.

Es esa la misma sinrazón, con la cual se despachará la inconformidad de Colpensiones, al confundir que al desatar este litigio de manera favorable a las pretensiones de la parte demandante, se infringiría tal lapso legal de fidelidad al régimen pensional elegido, o al de los cinco (5) años sin parar mientes, en que lo puesto a la composición de la Sala, es justamente, socavar las bases mismas del traslado por lo espureo y contrario, a los derechos fundamentales de su titular, a la seguridad social y, demás valores consagrados de la Carta fundamental, mismos que no podrían sustentar el mantenimiento o fidelidad a un régimen arribado en la forma como se arribó.

Tampoco, podría aducirse que el resultado deseado por el promotor del litigio, atentaría contra la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que en primer lugar, son perentorios los términos del parágrafo del artículo 334 Carta Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2011, que reza:

*“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.*

Por otro lado, las propias normas regulatorias del tema, se adelantaron ante esa posible y nefasta consecuencia, en detrimento de los recursos de la seguridad social, cuando, entre otros, el artículo 10 del decreto 720 de 1994, dispuso que la entidad de seguridad que obre bajo los supuestos de esa normativa:

“***compromete la responsabilidad de la sociedad administradora****... sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

Como consecuencia, no se puede perder de vista que, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, acarrea al fondo privado accionado, el traslado de todos los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses a la Administradora del RPMPD, sin descuento alguno, con lo cual se aseguraría, el propio sistema general de la seguridad social, y el mismo afiliado, de los eventuales perjuicios que se le irrigaren al sistema y al afiliado, por la decisión que ordenara poner las cosas en el estado en que hallaban antes del traslado, y sus implicaciones de todo orden, incluido en lo económico, hacia el futuro.

Luego, ni estas razones, ni los fundamentos que tuvo la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la norma en torno a la fidelidad de cinco (5) años en el fondo elegido, o de entrado a los diez (10) años a la obtención de la gracia pensional, pueden ser el sustento para negar las pretensiones de la parte actora, como quiera, que como se ha visto los supuestos fácticas y jurídicos de la demanda, distan diametralmente de los alcances de aquel fallo constitucional.

Igualmente, la demanda inaugural de este proceso, no tuvo como fundamento fáctico, probatorio, ni jurídico, el que el demandante hubiese sufragado al régimen pensional antes de 1994, por espacio de quince (15) años, puesto que si esa hubiese sido la base de este litigio, otras disposiciones y fallos jurisprudenciales fueren los que en rigor gobernarían el asunto y no las propias de la eficacia, cuyo clamor es el que concita la atención de esta Sala.

No es de soslayar que en este tipo de asuntos lo que se discute es si existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado de régimen pensional, para así determinar si este operó, y en tal sentido si tuvo eficacia. Cosa distinta es que se pretenda retornar al RPM en cualquier tiempo sin alterar la validez del traslado al RAIS, caso en el que se exige que el peticionario acredite 15 años de servicios para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, según la extensa jurisprudencia de los órganos de cierre tanto constitucional como de la especialidad ordinaria laboral.

A propósito de la pérdida del régimen de transición, y su incidencia en esta especie de litigios, pendiendo de que aquello se hubiera consumado o no, esta Sala mayoritaria, en varios de sus fallos con contornos similares, se ha mostrado indiferente para las resultas del litigio, que tal pérdida del régimen de transición se haya presentado, como prerrequisito de la prosperidad de la súplica de ineficacia, o que el régimen probatorio reciba un tratamiento diferente, dependiendo de esa misma circunstancia.

Ello, en obedecimiento a la sentencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814.

Y eso es así en la medida en que, en todos los casos, la opción de migración entre sistemas pensionales, debe estar precedida de una voluntad del afiliado, expresada de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara, que le permita arribar a la acertada, conclusión, de que el traslado es la mejor opción con miras a su plan de vida, por lo que la ausencia de tales connotaciones, constituiría por sí sola, una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la AFP, lo que le impediría adoptar una decisión suficientemente informada, que solo si conllevare la pérdida del régimen de transición, resultaría más ostensible, como un agregado a la ausencia del deber de información, esta vez, en el sentido qué tal traslado le generaría la comentada pérdida, y por ende, de poder pensionarse con arreglo a las pautas del régimen de prima media reguladas con antelación a la ley 100 de 1993; mas no es el único tema determinante y diferenciador sobre el contenido y alcance respecto a la decisión de ineficacia.

Tal postura se ha acogido de manera reiterada en pronunciamientos tales como 004-2017-00137, 003-2017-00327, entre otros, los cuales se ratifican en esta providencia.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente, así se perdiera o no el régimen de transición; si no que se hace desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Para cerrar este capítulo, resulta oportuno sostener que las obligadas no podrían liberarse del deber de información, con la mera lectura a sus usuarios y afiliados de la ley 100 y sus leyes y decretos reglamentarios, puesto que si en eso consistiera tal deber de información, les quedaría relevada por la presunción consagrada en el artículo 9º del Código Civil, de que todas las personas conocen las leyes vigentes en el país.

La asesoría o información que se debe brindar al posible afiliado ostenta una entidad mayor, hasta cubrir con su alcance, lo que no expresa el texto de la ley, pero que por corresponder a otras áreas del conocimiento (económico, financiero, actuarial etc.), pudieran repercutir o influir en pro o en contra de los intereses del afiliado.

Por otro lado, los múltiples traslados que en el interior del RAIS, se llegaren a producir, luego de que se hubiere emigrado del RPMPD, no posee ninguna connotación desfavorable a la súplica del demandante, toda vez que la institución de la ineficacia, por su efecto de darse de pleno derecho, ni es susceptible de su convalidación posterior, ni de ser atacado por el fenómeno de la prescripción.

Esclarecidos los puntos de las alzadas, que tienen que ver con la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y, las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*.

Pasa, por acotarse, que las obligaciones de que se tratan, se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo es el de la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, por lo que se precisa afirmar, que las obligaciones que adquiere allí el deudor, tiene un carácter especialísimo, que implica dotar de una especial diligencia y cuidado a su gestión, pues de no exigirse así, se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares.

Por eso, al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Descendiendo al caso concreto, cumple indicar que, los Fondos Pensionales pasivos de esta contención, trajeron al plenario pruebas de naturaleza documental y la declaración de parte del actor, la primera, consistió en el formulario de afiliación, tanto a la AFP Colmena, como el paso posterior a Colfondos, así como otro documento anexo, donde se informa al empleador del actor, la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS (folios 54, 55 y 100).

Pues bien, tales documentos no revelan que al afiliado Rodríguez Tabares, se le hubiera proporcionado una información clara, veraz, oportuna, suficiente y objetiva, con la cual hubiese podido tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, previo al debido conocimiento, de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, las proyecciones que fueran del caso y demás, aspectos relevantes, tal cual correspondía a los entes accionados, conforme al deber de cuidado y diligencia a su cargo, claramente asimétrica, hallándose, en mejores condiciones de informar, inmerso tal deber, en la mayoría de los casos, en factores técnicos de poco dominio público y, por lo mismo, su exigencia de que se explicara, claramente, al lego.

Tampoco la declaración de parte, contiene confesión alguna, que de fe de que se hubiere cumplido con la información debida, suficiente, clara y completa, puesto que si bien recordó, que le dijeron que el porcentaje de la mesada pensional sería del 90 %, siendo eso lo que lo entusiasmó y motivó a trasladarse, que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el capital ahorrado, pudiéndose pensionar en forma anticipada, adujo, sin embargo, que no recibió información respecto a que los aportes pensionales de la cuenta de ahorro individual podían conformar la masa sucesoral en caso de no existir beneficiarios de la pensión, ni tampoco que el capital incrementaba de acuerdo a las tasas de interés del mercado y del portafolio de inversión, los cuales a las claras indica que la información obtenida apenas fue fragmentaria.

Por lo tanto, se insiste, no hay prueba alguna del cuidado y la diligencia que empleó la AFP Colmena –hoy Protección S.A.-, razón por la cual el traslado ocurrido materialmente el 22 de febrero de 1996, es ineficaz, como lo dedujo la a-quo. Tal declaración trae además como consecuencia, el regreso automático del afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, sin solución de continuidad.

Así las cosas, no prosperara el recurso de apelación interpuesto en ese sentido,  puesto que es evidente, la vulneración del derecho a la libertad de escogencia cuando las entidades administradoras de pensiones no garantizaron que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, ante el conocimiento de los riesgos y beneficios que le reportaría el cambio de un régimen a otro.

**Costas.**

Por último, se analizará el tema de las costas procesales que fueron impuestas a la AFP Colfondos S.A.,  como uno de los puntos de apelación.

Al respecto, basta precisar que razón le asiste a la apelante en torno a que no había lugar a imponerle el pago de las costas de primer grado, como quiera que la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen tiene su fuente en la conducta indebida de su par procesal  –Protección S.A.- por falta al deber de información al momento de efectuar el traslado de régimen del actor.

Luego entonces, Colfondos negó la solicitud de traslado conforme a la normatividad vigente. Por ende, se le exonerará del pago de las costas del proceso de primer grado a esa entidad recurrente.

Con lo expuesto, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes.

En síntesis, se observa que es acertada la decisión de la a-quo en el sentido de declarar la ineficacia del traslado pensional y las consecuencias de dicha declaratoria, razón por la que se confirmará ese segmento del fallo.

Las costas en esta sede estarán a cargo de Protección S.A. y Colpensiones en favor del actor, dada la improsperidad de sus alzadas.

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,

**FALLA**

**1. Confirmar** la sentencia proferida el 22 de junio de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, **revocando** parcialmente el ordinal 4º, en el sentido de **Absolver** a Colfondos S.A. del pago de las costas de primer grado.

**2. Costas**  en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones en favor del actor.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

Salva voto