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, 20 de noviembre de 2019

Radicación No: 66001-31-05-003-2018-00106-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Hernando Rangel Villabona

Demandado: Colpensiones y otros

Juzgado de origen: Tercero 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 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)…

Así las cosas, es 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.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

De manera respetuosa me aparto totalmente de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, por cuanto debió confirmarse la decisión de primer grado, aunque por diferentes razones, debido a la imposibilidad de predicar la acción de ineficacia de la afiliación contra la AFP aquí demandada, pues aquella solo se estima frente al empleador del interesado o cualquier persona que tenga una calidad afín a este último, tal como lo he expuesto como ponente de la Sala 2º de esta colegiatura especializada, para el efecto podrá consultarse, entre otras, la sentencia proferida el 29/10/2019, Rad. 66001-31-05-003-2018-00133-01.

Concretamente en dicha providencia concluí que cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, como ocurrió en el libelo genitor del caso de ahora, la acción judicial que se debe entablar corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los veinte (20) días del mes de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las once y quince de la mañana (11:15 am), las Magistradas y el suscrito Magistrado de la Sala de Decisión N. 4 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 11 de abril de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Hernando Rangel Villabona** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el demandante se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual efectuado a través de la AFP Porvenir S.A en el mes de diciembre de 1996, y posteriormente la efectuada en Protección S.A, y en consecuencia, se les condene a devolver los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos e intereses, con destino a Colpensiones, y a esta entidad a recibir nuevamente al actor como su afiliado, y se condene a las demandadas a pagar las costas procesales a su favor.

Como fundamentos a esos pedimentos, expone que el 22 de enero de 1996 se afilió al RPM administrado por el ISS; que el mato de 1998 asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. visitaron las dependencias de la entidad para la cual laboraba, informándole que en el RAIS podría pensionarse a más temprana edad y que el monto de la pensión sería mucho más alta que la que podría otorgarle el RPM; que el ISS estaba próximo a desaparecer, y que sus beneficiarios podrían heredar el capital ahorrado, hasta el 5º grado de consanguinidad, pero no le indicaron que ello solo aplicaría en la modalidad de retiro programado, ni los beneficios y consecuencias del traslado, ni mucho menos realizaron las proyecciones correspondientes a la mesada pensional; que pese a ello en el mes de diciembre de 1996 solicitó su traslado a esa entidad; que con base en esos mismos argumentos, se trasladó a la AFP Protección en el mes de noviembre de 2000; que según documento remitido por medio electrónico, dicha entidad advierte que cuenta con un total de 928 semanas cotizadas al sistema, y un capital ahorrado de $96`516.013, con lo que tendría derecho a la edad de 62 años, a una mesada equivalente al salario mínimo, al paso en el RPM ascendería a $2`011.800. Aduce que el 12 de enero de 2018 la AFP Porvenir le indicó que la información que le brindó al momento del traslado fue de manera verbal; y que Colpensiones le negó el trámite del traslado aduciendo que se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito para pensionarse.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones aduciendo que el traslado efectuado por el actor al RAIS goza de plena validez. En su defensa formuló las excepciones las de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Por su parte, la AFP Protección S.A. aceptó afiliación a ese fondo privado en el año 2000, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de fondo de “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad” y “Buena fe y confianza legítima”.

Finalmente, la AFP Porvenir S.A., se opuso igualmente a las pretensiones, arguyendo que la afiliación del actor es un acto jurídico válido, en la medida en que suscribió la solicitud de vinculación a dicho fondo, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber sido asesorado respecto de las implicaciones de su decisión, tal cual consta en el formulario de afiliación. Como medios exceptivos de fondo, propuso “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Prescripción”, “Compensación” y “Buena fe”.

**SENTENCIA DEL JUZGADO**

En sentencia de 11 de abril de 2019 la funcionaria de primer grado negó las pretensiones, y declaró probadas las excepciones de mérito denominadas validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento, validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad e inexistencia de la obligación, al considerar que el traslado de régimen pensional que el actor efectuó el 27 de mayo de 1998 del RPM al RAIS, es plenamente válido y eficaz.

En la motiva, estimó que para el momento en que el actor efectuó el traslado, ni la legislación ni la jurisprudencia exigían a las administradoras de pensiones evidencias físicas respecto a la información que entregaban a los afiliados, tales como cuadros comparativos o proyecciones, entre otros, pues ello solo se implementó en septiembre de 2009, con la sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por lo que debe partirse de la premisa de que el traslado de régimen pensional fue válido, puesto que el actor suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, amén de que en el interrogatorio de parte manifestó que su decisión de trasladarse se debió más a una directriz impuesta por su empleador, y no el fondo de pensiones. Consideró además que del material probatorio recopilado no emerge prueba de que el actor fue engañado, puesto que fue informado sobre las características del RAIS, y él las aceptó y conservó a tal punto que se trasladó posteriormente a otro fondo privado. Por último, advirtió que la formación académica del actor, en su condición de abogado, le permitía tener mayor conocimiento sobre las características propias de ese régimen pensional.

**RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme, la vocera judicial del actor interpuso recurso de apelación, en orden a que se revoque y se acceda a lo pretendido. En la sustentación, indicó básicamente que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993 y otras disposiciones legales, son las administradoras de pensiones quienes tienen la carga de probar el cumplimiento al deber de información, circunstancia que a su juicio no se acreditó, puesto que la mera suscripción del formulario de afiliación no es prueba de ello, citando para el efecto, distintos pronunciamientos del órgano de cierre de la especialidad laboral.

**CONSIDERACIONES:**

**Competencia.**

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.**

  Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*Es posible analizar la eficacia del traslado de régimen en los eventos en que el afiliado no es beneficiario del régimen de  transición? En caso positivo,*

*¿Cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales?*

*¿Es posible analizar la eficacia del traslado de régimen en los eventos en que el afiliado no es beneficiario del régimen de  transición? En caso positivo,*

*¿Existía para el momento en que el actor efectuó el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado cierta información?*

*¿Del material probatorio recopilado en la actuación es posible derivar que el actor recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos?*

*¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Hernando Rangel Villabona del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judiciales, 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:

*“OBLIGACION 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 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, y más recientemente en sentencias SL1421, 1452 y 1688 del 10 de abril, 3 de abril y 8 de mayo del año en curso, radicaciones 56174, 68852 y 68838, en su orden.

  Así las cosas, es 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.

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*”.

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.

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 (a).

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 promotor, 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.

Esclarecido lo anterior, que tiene 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.

Analizando este aspecto en el sub-lite, es menester precisar que el demandante se trasladó al RAIS el 27 de mayo de 1998 cuando se afilió a Porvenir S.A., según se colige del formulario de afiliación visible a folio 44.

Pues bien, se duele la parte actora en la demanda que no se le dio información suficiente al momento del trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tomar una decisión adecuada, por lo que le correspondía a la entidad administradora de pensiones Porvenir S.A. demostrar que actuó con total diligencia y cuidado al momento de formalizar la migración de régimen pensional del actor.

Sin embargo, dicha entidad no trajo al proceso algún medio de convicción que permita evidenciar que al señor Hernando Rangel Villabona se le suministró una información veraz, suficiente, clara y precisa, sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado de régimen pensional que efectuó en el año 1998, pues sólo se limitó a traer pruebas documentales que únicamente dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad y de las cotizaciones que este realizó, tales como la copia del formulario de afiliación, del reporte en la plataforma SIAF, de su historia laboral y de la certificación que acredita que fue su afiliado. Tal como quedó visto líneas atrás, le incumbía a la mentada entidad acreditar y demostrar suficientemente ese deber de información, por ser un asunto de su responsabilidad como administrador del derecho pensional del demandante.

De otra parte, se considera que las manifestaciones realizadas por el actor en su interrogatorio de parte, en cuanto a que su traslado al RAIS se dio por una decisión institucional de su empleador de aquel entonces y que le informaron que el ISS se iba a acabar, o que podría pensionarse en mejores condiciones que en el ISS o en forma anticipada; no pueden ser tomadas como parámetro válido para medir si la entidad cumplió a cabalidad el deber a su cargo, pues se trata de un tercero lego en la materia, que carece de medios comparativos apropiados, de toda índole, en orden a juzgar que la información fue o no adecuada.

Esa tarea, debe ser necesariamente asumida por el juez laboral, empero, para efectuar esa labor, debe arrancar inexorablemente con la información que brindó el fondo de pensiones. De allí que no sea gratuita la exigencia jurisprudencial, consistente en que la entidad debió documentar el tipo de información que brindó al afiliado (a), la cual debe reposar en sus archivos, que debe conservar tal cual lo han recabado los recientes pronunciamientos del órgano de cierre, en los siguientes términos:

*“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...las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tiene una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (L.1328/2009, art.11, literal b)), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavorable de los consumidores financieros...error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP...” (SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019, Legis 570-936).”*

Lo anterior, máxime cuando lo que se advierte de la declaración del actor es que la selección del régimen pensional por parte del afiliado, se vio doblemente afectado no solo por su empleador, quien desconoció el derecho a la libre escogencia de sus trabajadores al imponerles la afiliación a determinado régimen pensional, sino también por la entidad administradora de pensiones, ante la falta del deber que se le enrostra, en la medida en que, no documentó su deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto de manera clara y suficiente, la información acerca de los efectos que le acarreaba al afiliado (a) el cambio de régimen, y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que pueda declararse ineficaz ese tránsito.

Todo lo anterior, permite entonces concluir que la AFP Porvenir S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de informar al afiliado en forma clara, completa y comprensible.

Igual situación se predica respecto de la AFP Santander hoy Protección S.A., quien tampoco acreditó que al momento de la afiliación a esa entidad, le brindó al actor la información relacionada con las ventajas y desventajas que existen en cada uno de los regímenes pensionales, las proyecciones relativas a la mesada pensional, la incidencia de las fluctuaciones del mercado en el valor de esta, la densidad mínima de cotizaciones, la edad en la que podría eventualmente disfrutar de la prestación pensional o de la posibilidad de hacer uso de la facultad de retracto.

Por consiguiente, la a-quo se equivocó al endosarle al actor la carga de probar el engaño al que fue inducido por las AFP´s accionadas, cuando era a éstas a las que les correspondía probar que cumplieron los deberes que la jurisprudencia ha trazado en casos de traslado de régimen pensional, de brindar información completa, adecuada y suficiente.

Por ende, el recurso de apelación propuesto por la parte actora prospera en ese sentido, por lo que se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 27 de mayo de 1998, lo que por ende, implica, *(i)* para la AFP Protección S.A., la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en el término de un (1) mes, contados a partir de este sentencias, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, más los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados (sentencia CSJ SL 1688 y SL 4360 de 2019; *(ii)* para Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración y comisiones que cobró mientras el actor estuvo afiliado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, y (iii) para la Administradora de Pensiones Colpensiones, la aceptación automática del afiliado y de tales conceptos sin solución de continuidad, en el régimen de prima media con prestación definida.

En cuanto al tema de la excepción de prescripción propuesta desde la óptica del canon 1750 del CC y el canon 151 del CPLSS, se procede a analizar así:

En cuanto a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, ha de decirse que su contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892), a lo que se le debe agregar que se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no tocan con la ineficacia que es lo que precisamente se ha encontrado en este asunto.

En cuanto al canon 151 del CPLSS, dígase que si bien sería la norma aplicable al caso, lo cierto es que no resulta posible aplicar el lapso prescriptivo en este caso, amén que el traslado y su eficacia es un aspecto que íntimamente está ligado al derecho pensional, pues no hay duda que la selección adecuadamente informada de uno de los regímenes, marca la forma en que la prestación se va a recibir, el monto que va a tener y similares características, esenciales del derecho pensional mismo. Por lo tanto, al igual que las acciones para reclamar el derecho pensional en sí mismo, los elementos esenciales para su construcción (las cotizaciones), la normatividad aplicable al mismo y la reliquidación incluyendo factores no tenidos en cuenta, la acción para discutir la eficacia del traslado de régimen no es susceptible de la excepción de prescripción, por lo que se debe declarar no probada la excepción propuesta.

Con lo expuesto, queda resuelto en su integridad el punto de inconformidad propuesto por la parte recurrente, e implícitamente las excepciones de fondo propuestas por el fondo privado.

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir y en favor de la actora.

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**

 **Revocar** la sentencia proferida el 11 de abril de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

**1. Declara**r la ineficacia del traslado que Hernando Rangel Villabona efectuó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.el 27 de mayo de 1998, dadas las consideraciones precedentes, con la de consecuencia ineludible de mantener válida y sin solución continuidad la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones.

**2. Ordenar** a la AFP Protección S.A., que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladara Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir la propia AFP con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

**3.** Ordenar a Porvenir S.A., devolver los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación del actor a entidad, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados.

**4.** **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a aceptar la afiliación del actor y a recibir los conceptos enunciados, sin solución de continuidad.

**4. Declarar** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

**5. C**ostas en ambas instancias a cargo de Porvenir en favor del actor.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada                                                                Magistrado

                Salva voto

Providencia: Sentencia del 20/11/2019

Radicación No: 66001-31-05-003-2018-00106-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Hernando Rangel Villabona

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

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

**SALVAMENTO DE VOTO**

De manera respetuosa me aparto totalmente de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, por cuanto debió confirmarse la decisión de primer grado, aunque por diferentes razones, debido a la imposibilidad de predicar la acción de ineficacia de la afiliación contra la AFP aquí demandada, pues aquella solo se estima frente al empleador del interesado o cualquier persona que tenga una calidad afín a este último, tal como lo he expuesto como ponente de la Sala 2º de esta colegiatura especializada, para el efecto podrá consultarse, entre otras, la sentencia proferida el 29/10/2019, Rad. 66001-31-05-003-2018-00133-01.

Concretamente en dicha providencia concluí que cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, como ocurrió en el libelo genitor del caso de ahora, la acción judicial que se debe entablar corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Al punto es preciso resaltar que aun cuando Hernando Rangel Villabona al absolver el interrogatorio de parte señaló que el traslado de régimen había obedecido a una directriz impuesta por su empleador, afirmación que en efecto encuadra dentro del supuesto de hecho que contemplan las normas invocadas (literal b), art. 13 y 271 de la Ley 100/93), tendiente a obtener la ineficacia del traslado, pues señaló a su empleador como el sujeto cualificado que desconoció, impidió o atentó contra su derecho de libre escogencia de régimen pensional.

Lo cierto es que, tal afirmación apenas se presentó en el aludido interrogatorio de parte, sin que fuera mencionado desde la demanda, por lo que su análisis ahora implicaría una clara trasgresión a los derechos de contradicción y defensa de los interesados, así como al principio de consonancia entre los hechos anunciados en el libelo genitor, la defensa propuesta al contestarla y la fijación del litigio realizada; por lo que también por este lado debía confirmarse la decisión de primer grado.

En estos términos salvo mi voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada