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.**

… 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”.

… puede concluirse que 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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Néstor Bernal Jaramillo  |
| Demandado: | Colpensiones, Porvenir y Old Mutual  |
| Vinculado: | Colfondos |
| Radicación No. | 66001–31-05-002-2017-00061-01 |
| Juzgado origen: | Segundo Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario laboral  |
| Providencia: | Sentencia  |
| Decisión: | CONFIRMA Y ADICIONA  |

Acta de discusión No. 111 del once (11) de agosto de 2020.

Pereira, Risaralda, catorce (14) de agosto 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 los recursos de apelacióncontra la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, así como el grado jurisdiccional de consulta dentro del proceso ordinario laboral promovido por Néstor Bernal Jaramillo contra la  Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. – Old Mutual, arriba referenciado y al que se vinculó como litis consorte necesario a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías – Colfondos.

En los términos del memorial de sustitución otorgado por el abogado José Octavio Zuluaga Rodríguez, identificado con la C.C. No. 79.266.852 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. 98.660 del Consejo Superior de la Judicatura, se reconoce personería judicial a la abogada Leidy Tatiana Correa Cardona, identificada con la C.C. No. 1.088.242.104 de Pereira y portadora de la Tarjeta Profesional No. 288.369 del Consejo Superior de la Judicatura, para que obre en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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 ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir, y que como consecuencia de ello, por ser la AFP a la que se encuentra afiliado actualmente, se ordene Old Mutual que gire a Colpensiones la totalidad del monto de su cuenta pensional y a ésta entidad, activar la afiliación y recibir dichos dineros. Finalmente, solicita que se condene a Porvenir a pagar las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones expuso que nació el 12 de diciembre de 1963; que realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida en el Instituto de Seguros Sociales – ISS; que el 05 de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a favor de Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.; y que al momento del traslado, ésta administradora omitió brindarle información sobre las consecuencias de la desvinculación del régimen de prima media, las ventajas y desventajas del trámite de traslado y la diferencia del monto de la pensión en ambos regímenes.

Afirmó que el 09 de enero de 2001 solicitó la vinculación a Skandia Pensiones y Cesantías, hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; que el 20 de octubre de 2016, mediante derecho de petición, le solicitó a Porvenir S.A. copia de los documentos de afiliación al mismo y de la información brindada para el cambio de régimen; y que mediante oficio del 20 de diciembre de 2016, Porvenir S.A. le entregó copia de la afiliación y le informó no tener soportes físicos de la asesoría dada.

Terminando, narró que el 17 de noviembre de 2016 solicitó a Colpensiones trasladarse de régimen y que esta entidad no accedió a ello argumentando que se encuentra a 10 años o menos del requisito para pensionarse.

**1.2. Respuesta a la demanda**

**1.2.1. Porvenir S.A.**

Dentro del término de ley, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen pensional se ejecutó a través de la AFP Colfondos, que el cambio posterior a la AFP Colpatria (hoy Porvenir) se realizó conforme a la ley y que el demandante es el único responsable de las consecuencias de su decisión. Admitió los hechos relativos al traslado de a Old Mutual, la petición recibió del acto y la respuesta dada. En su defensa, como excepciones de fondo invocó las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PORVENIR E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO”, “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” e “INNOMINADA o GENÉRICA” (fols. 47 a 52).

**1.2.2. Colpensiones**

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al dar respuesta a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que la selección del régimen pensional es exclusiva del afiliado y el traslado entre regímenes está condicionado al cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Calificó como ciertos los hechos referidos a la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones realizadas a través del ISS y la solicitud de traslado que le fue radicada en noviembre de 2016. Finalmente, en su favor postula las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “EXCEPCIÓN DE BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS” y “EXCEPCIÓN DE INNOMINADA” (fols. 72 a 76).

**1.2.3. Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.**

Old Mutual a su turno, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones del gestor mencionando que el traslado de régimen pensional se ejecutó a través de la AFP Colfondos con apego al ordenamiento, que la nulidad que eventualmente pudo haber existido quedó subsanada por el paso del tiempo, que los traslados de régimen pensional debe respetar la restricción temporal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que el accionante no es beneficiario del régimen de transición.

Al referirse a los hechos aceptó los concernientes a la afiliación del señor Bernal Jaramillo a Skandia Pensiones y Cesantías (hoy Old Mutual) y como instrumento para desvanecer las aspiraciones de la activa, presentó como excepciones perentorias las de “VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A OLD MUTUAL E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO”, “SANEAMIENTO DE LA NULIDAD POR EL PASO DEL TIEMPO”, “INEXSTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” e “INNOMINADA o GENÉRICA” (fols. 92 a 105).

**1.2.4. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**

Colfondos, al pronunciarse sobre el introductorio se opuso a las pretensiones afirmando que el traslado de régimen pensional es un acto válido, que estuvo mediado por la suscripción del formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos de ley. Reiteró lo dicho por las codemandadas en cuando al carácter reglado de los traslados entre regímenes y acotó que el actor no satisface el requisito de temporalidad.

Únicamente admitió que Bernal Jaramillo solicitó su vinculación a Skandia en enero de 2001 y excepcionó “VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A COLFONDOS E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO”, “SANEAMIENTO DE LA NULIDAD POR EL PASO DEL TIEMPO”, “PAGO”, “COMPENSACIÓN”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” e “INNOMINADA o GENÉRICA” (fols. 92 a 105).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 27 de junio de 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el demandante a través de la afiliación inicial a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y los traslados hechos con posterioridad a Colpatria Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir), luego a la AFP Horizonte y finalmente a Skandia Pensiones y Cesantías (hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías.

En consecuencia, le ordenó **a Old Mutual**, entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, que proceda a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes con los rendimientos que existan en la cuenta de ahorro individual del actor. Asimismo, ordenó **a Colpensiones** que aceptara el traslado de la demandante sin solución de continuidad y finalmente, condenó en costas a procesales a Colfondos en el 50%, a Porvenir en el 20%, a Old Mutual en el 20% y a Colpensiones en el 10%.

Para arribar a esa determinación, la *a quo* invocó las previsiones contenidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para señalar que son ineficaces los actos de afiliación al sistema pensional, surtidos con desconocimiento del derecho a la libertad de elección que le asiste al trabajador. A renglón seguido, advirtió que las administradoras de pensiones responden hasta por la culpa leve y con apoyo en los cánones consagrados del artículo 13 *ibídem*, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 2359 de 1993 y el Decreto 720 de 1994, resaltó la obligación que le asiste a dichas entidades de informar a los consumidores del sistema de pensiones, de manera amplia y pormenorizada sobre los productos que ofrecen, así como sus ventajas y desventajas, para que aquellos puedan elegir consciente y adecuadamente lo que resulte más favorable a sus intereses.

Con estos lineamientos procedió al examen del particular y al no encontrar prueba de que señor Bernal Jaramillo hubiere sido informado con suficiencia, durante el cambio de régimen realizado a través de Colfondos o los traslados posteriores entre administradoras del régimen de ahorro individual, concluyó que dichos actos no estuvieron mediados del consentimiento informado, necesario para considerarlos eficaces.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, Colfondos y Colpensiones interpusieron recurso de apelación, en orden a que se modifique y en su lugar se declare la eficacia del acto de traslado. Además, Colfondos, Old Mutual y Porvenir, solicitando que se revoque la condena en costas.

En ese sentido, a efectos de discutir lo resuelto frente al acto de traslado, **Colfondos** adujo que el demandante nunca cuestionó que durante el trámite de afiliación no se le hubiere dado la información necesaria para decidir sobre el cambio de régimen; que en cambio, en su defensa sí realizó la afirmación indefinida de haberle dado dicha información; y que, si bien jurisprudencialmente se la ha impuesto la carga de la prueba, como no hubo en su contra acusación alguna, nada tenía que probar.

Por su parte**, Colpensiones** afirmó que el cambio de régimen estuvo mediado por la voluntad libre del demandante, con sujeción a las normas que regían la materia en esa época y que, lo que ahora pretende, es la obtención de una mesada mayor a la que puede ofrecerle el régimen de ahorro individual.

En cuanto a la condena costas, Colfondos mencionó que no son procedentes porque la decisión de la *a quo* no está basada en la ley sino en la jurisprudencia, al tiempo que nunca le ha negado traslado alguno al señor Bernal Jaramillo. Porvenir señaló que el demandante actualmente no es su afiliado y haber obrado siempre de buena fe, conforme a la ley. Y, Old Mutual, arguyó que en el caso no se discutió el traslado entre administradoras, sino el traslado entre regímenes, en el cual no participó.

De otro lado, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que la sentencia fue adversa a Colpensiones, entidad descentralizada donde la Nación es garante, debe desatarse el grado jurisdiccional de consulta.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

 Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, estas allegaron por escrito sus alegatos de conclusión, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos al interior de la Sala, por lo que se procede a decidir de fondo previa 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 y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar **(i)** determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, **(ii)** establecer si para el momento en que la actora efectuó el traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado determinada información, **(iii)** establecer si el material probatorio recopilado permite concluir que la demandante recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos y **(iv)** si es procedente exonerar del pago de costas procesales a las demandadas.

**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 ésta 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, que a las enunciadas se suman dentro de las cuales se encuentran 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**, en la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838 la Corte dijo:

***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 form ulario 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:*

 *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*

*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:

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.*

 *…*

*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 concluirse que, 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.

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que **(i)** el demandante nació el 12 de diciembre de 1963 (fol. 14 vto.); **(ii)** que estando afiliado al ISS (hoy Colpensiones), con fecha de suscripción el 23 de agosto de 1995 y de efectividad el 01 septiembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la afiliación a la A.F.P Colfondos (fols. 179 y 180); **(iii)** que el 21 de febrero de 2000 se trasladó a la A.F.P Colpatria (fol. 64), **(iv)** que la A.F.P. Colpatria cedió la afiliación por fusión con la A.F.P. Horizonte el 29 de septiembre de 2000 (fol. 69); **(v)** que con fecha de suscripción del 09 de enero de 2001 y efectividad el 09 de febrero de ese mismo año, se trasladó a la A.F.P. Old Mutual, entidad en la cual, a la fecha, permanece afiliado (fols. 108 y 134); **(vi)** y que al mes de junio de 2017 reportaba 1139 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al régimen de prima media y el régimen de ahorro individual (fol. 133).

Conviene precisar que la A-quo para motivar su decisión, adujo en síntesis que la administradora de pensiones Colfondos, no demostró haber proporcionado al demandante una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria para el traslado de régimen pensional.

En el recurso de alzada, Colpensiones y Colfondos cuestionan el razonamiento de la falladora de primera instancia, argumentando, la primera, que el traslado se dio con el cumplimiento de todas las exigencias legales aplicables al caso y, la segunda, que el demandante no la acusó de haberle dado información insuficiente, motivo por el cual, no le correspondía probar lo contrario y destacó que, por su parte, sí realizó la afirmación indefinida de haberlo informado.

Empezando con el cuestionamiento elevado por Colfondos, al examinar al escrito inicial, la Sala observa que el mismo no ofrece dudas en cuanto a que, el objeto de la demandada, es que se declare la ineficacia del traslado que Néstor Bernal Jaramillo hizo del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Asimismo, de la lectura de los hechos 6, 7 y 8, emerge con nitidez que el fundamento de dicha aspiración, reside en la ausencia o deficiencia en la información dada al afiliado, porque *“al momento del traslado de régimen”* se habría omitido explicarle las consecuencias de abandonar el de prima media; las ventajas y desventajas del cambio; y los aspectos inherentes surgimiento y la determinación del derecho pensional en ambos regímenes.

Ahora bien, como se mencionó en el recuento de la demanda, el demandante señaló que el traslado tuvo lugar del ISS (hoy Colpensiones) a la A.F.P. Colpatria (hoy Porvenir S.A.) y no a través de Colfondos, como quedó establecido en este proceso. De ahí, que ahora éste fondo aduzca que no existe reproche alguno en su contra y que no le correspondía asumir deberes probatorios sobre el asunto.

En este contexto, advirtiendo que, tal y como quedó establecido, al dar contestación a la demanda, Colfondos confesó que el traslado de régimen se presentó como resultado de la afiliación a esa entidad y no a otra (fol. 160); resulta absolutamente inadmisible, que al final de la instancia, apartado de la lealtad y la integridad que deben orientar sus actos como administradora pensional, procure desobligarse, empleando como excusa el *lapsus mentis* en que incurrió la activa al enunciar equívocamente quien fue su contraparte en un acto ocurrido más de 20 años antes de la presentación de la demanda.

Deja mucho que desear la conducta procesal de Colfondos al formular la alzada, pues si bien el actor no la mencionó en la demanda como interviniente en el traslado de régimen, siempre tuvo claro que se refería a ella, tanto así, que orientó su defensa a señalar que el paso del actor al régimen de prima media es un acto jurídico válido, afirmó que para esa época no existía el deber de asesoría como ahora se exige (fol. 160) y entre otros medios exceptivos, presentó el de *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A COLFONDOS E INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO”* (fol. 176).

Continuando con el examen de los reparos de Colfondos, cumple precisar que la afirmación de haber cumplido con el deber de información, no es indefinida y al no serlo, no está relevada de probarla. Es evidente que se trata de un hecho determinable en el tiempo y en el espacio y tan importante como ello, que es susceptible de ser probado por cualquiera de los medios probatorios establecidos en las normas procesales, los cuales, dicho sea paso, no son taxativos.

Zanjado lo anterior, al revisar el caudal probatorio se encuentra que Colfondos, en su errática conducta procesal, buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte del demandante, de la cual desistió durante la etapa de trámite. Respecto de las primeras ha de decirse que constan en los folios 179 a 186, consistentes entre otros, en el formulario de afiliación suscrito en 1995, una certificación de afiliación, la consulta de afiliación del demandante en el SIAFP y un reporte de cotizaciones.

Examinados tales documentos, se considera que los mismos no evidencian ningún 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, pues era a él a quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente.

De otra parte, como se dijo, la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, habida consideración de que dicho documento no acredita que efectivamente el acto de traslado estuvo precedido de la ilustración suficiente a la afiliada, 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.

En ese orden, la Sala comparte los argumentos utilizados por el A Quo, en aras a fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues como se dijo basta la mera ausencia de información a la afiliada, clara, precisa y completa, 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 este caso, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la A.F.P. Colfondos, al demandante en el traslado que esta realizó en septiembre de 1995 - 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 la demandante con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Igual situación se predica respecto de la AFP Colpatria – Horizonte, Porvenir y de la AFP Skandia hoy Old Mutual S.A., quienes tampoco acreditaron que al momento de la afiliación a esa entidad, le brindaron a la activa 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.

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, Old Mutual S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas las cotizaciones, con sus rendimientos, gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, y Colpensiones a recibirlos. 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...”*

Con base en lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y se dispondrá en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, **ADICIONARLA,** para ordenarle a la A.F.P. Old Mutual S.A., que 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 de la demandante, con cargo a sus propios recursos y, remitirlos a Colpensiones 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.

Igualmente, **SE ADICIONARÁ**, para que la AFP Colfondos y la AFP Porvenir S.A., trasladen con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a dichas entidades, debidamente indexados.

**Frente a las excepciones** propuestas por Colpensiones, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “EXCEPCIÓN DE BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS” y “EXCEPCIÓN DE INNOMINADA” estuvo bien que no se declararan probadas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y buena fe.

Por último, en relación con la condena en costas procesales de las que se duelen las A.F.P. Colfondos, Porvenir y Old Mutual, la Sala considera que si había lugar a su imposición, como lo dedujo la A-quo, por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen tiene su fuente en su conducta indebida por falta al deber de información al momento de efectuar el traslado de régimen pensional de la demandante. Bajo esta misma consideración, dado que a Colpensiones no le asiste responsabilidad en tales hechos, no ha debido ser condenada al pago de costas procesales por el primer grado.

En consecuencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se **REVOCARÁ** la condena en costas impuesta a Colpensiones por la primera instancia y como las recurrentes son las responsables de las mismas, se **CONFIRMARÁ** este punto de la sentencia apelada, precisando que el 10% inicialmente asignado a la administradora del régimen de prima media, deberá distribuirse por partes iguales entre las otras codemandadas

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad de la recurrente y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Las costas en esta sede estarán a cargo de las demandadas, en favor de la activa, dada la improsperidad del recurso propuesto.

**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: ADICIONAR** el ordinal 2º de la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de:  **(i)**  **ORDENAR A LA A.F.P OLD MUTUAL S.A.,**  trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos, frutos, intereses y además, incluyendo los gastos de administración y las comisiones cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados. **(ii)** **ORDENAR A LAS A.F.P COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** (antes Colpatria – Horizonte)**,** trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a esas entidades, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados, conforme las consideraciones vertidas en esta sentencia.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal 4° de la sentencia, en el sentido de ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago de las costas procesales que le fueron impuestas, debiendo distribuirse 10% que se le había asignado, por partes iguales entre las AFP codemandadas.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás.

**CUARTO**: Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., por partes iguales, en favor de la demandante.

(…)

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto Aclara voto