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 / NO INCIDE SI HAY PÉRDIDA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN O NO / 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”.

… indistintamente de si el traslado de régimen pensional ha acarreado para el afiliado la pérdida del régimen de transición, esta circunstancia no es un prerrequisito para la prosperidad de la súplica de ineficacia, si se tiene en cuenta que en múltiples pronunciamientos el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Edilvio de Jesús Ruiz         |
| Demandado: |  Protección S.A., Colpensiones y Colfondos S.A. |
| Radicación No. |  66001–31-05-002-2017-00565-01 |
| Juzgado origen: | Segundo Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia del 11 de Agosto de 2020  |
| Decisión: | MODIFICA. |

Registro del proyecto: treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 106 de 04 de agosto de 2020

Pereira, Risaralda, once (11) 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** y a resolver los recursos de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 26 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **EDILVIO DE JESÚS RUÍZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y, las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** Y **COLFONDOS S.A**.

**Cuestión previa**

Teniendo en cuenta el memorial poder que fue allegado al correo electrónico institucional del Despacho, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, hay lugar a reconocer personería jurídica a la Doctora Leidy Tatiana Correa Cardona identificada con cédula de ciudadanía No. 1.088.292.104 y portadora de la tarjeta profesional No.288.369 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el artículo 75 C.G.P.

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

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**
	1. **Demanda**

Persigue el demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional o la inexistencia del contrato de afiliación celebrado con la A.F.P Colfondos S.A., y posteriormente, con la A.F.P Santander - hoy Protección S.A., - y que en consecuencia se declare que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es válida, vigente y sin solución de continuidad. Así mismo, que se condene, de un lado a la A.F.P Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados en su cuenta de ahorro individual y, a pagar las diferencias existentes entre los aportes realizados en uno y otro régimen pensional y de otro lado a Colpensiones a recibir las cotizaciones y, a todas las entidades demandadas al pago de las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expuso que nació el 24 de agosto de 1963; que el 27 de abril de 1993 se afilió al Instituto de Seguros Sociales – I.S.S; que el 24 de agosto de 1999 suscribió formulario de afiliación con la Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías Colfondos, trasladándose entonces del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual, sin recibir una correcta asesoría e información adecuada en torno a las consecuencias de su migración. Afirmó que no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas del traslado; que el 9 de mayo de 2000 se trasladó a la A.F.P Santander hoy Protección S.A., quien tampoco cumplió con el deber de información y buen consejo; que a la fecha cuenta con más de 1000 semanas cotizadas; que solicitó un estudio de la proyección de su pensión, el cual arrojó como resultado una mesada pensional de $1´331.069 en el Régimen de Ahorro Individual, mientras que de haber permanecido en el de Prima Media con Prestación Definida, la mesada sería de $3´493.560. Finalmente indica que el 1 de noviembre de 2016 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, misma que fue resuelta negativamente argumentando que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1 COLPENSIONES**

Admitida la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones allegó contestación a través de su portavoz judicial en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que las mismas carecen de sustento fáctico y legal. En su defensa, formuló como excepciones de fondo las que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas” –fls. 108 a 118.

**1.2.2. A.F.P PROTECCIÓN S.A.**

A través de su apoderado judicial se opuso igualmente a las pretensiones arguyendo que el acto jurídico del traslado no adolece de vicios en el consentimiento dado que no existieron las maniobras preterintencionales que se endilgan. Formuló como excepciones de mérito las de “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrigados al actor por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, fls. 125 a 165.

**1.2.3 A.F.P COLFONDOS S.A.**

 Dio respuesta a través de su apoderado judicial oponiéndose igualmente a las pretensiones del líbelo gestor, indicando que el acto jurídico que dio lugar a la vinculación del demandante a la entidad, se hizo conforme a la ley. Propuso como excepciones las que denominó “Validez de la afiliación a Colfondos e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” fls. 197 a 216.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento profirió sentencia el 26 de junio de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que pese a que el actor no es beneficiario del régimen de transición, dadas las negaciones indefinidas contenidas en la demanda, le correspondía al fondo privado accionado que realizó el traslado de régimen pensional, acreditar el cumplimiento cabal de su deber de información, circunstancia que no demostró, razón por la que declaró ineficaz el traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P Colfondos S.A. y posteriormente el traslado a la A.F.P Santander hoy Protección S.A.

En consecuencia, condenó a esta última administradora de pensiones a trasladar la totalidad de los aportes, junto con sus respectivos rendimientos con destino a Colpensiones, quien deberá aceptar el retorno al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Condenó en costas a las entidades demandadas, en la siguiente proporción: Colfondos S.A. en un 60%, Protección S.A. en un 30% y, Colpensiones en un 10%.

1. **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, las entidades demandadas presentaron recurso de apelación en los siguientes términos así:

**3.1. Colfondos S.A.** indicó que el demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones. Manifestó que la sentencia omitió lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte, en cuanto a que se trasladó por presión de la empresa. Adujo además que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y por tal motivo, no podía retornar al RPMPD, más cuando le faltaban menos de 10 años para pensionarse. Solicita se le exonere del pago de las costas procesales, por cuanto la entidad cumplió con la obligación de brindar la información que por ley se exigía para el momento del traslado.

**3.2 Protección S.A.,** por su parte, manifestó que la ineficacia del traslado quedó completamente huérfana de prueba y que lo que se probó en el proceso es que hace 20 años resultaba más favorable pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, puesto que las tasas de interés eran superiores y la economía en esa época era fabulosa. Indicó que la sentencia no tuvo en cuenta que el demandante confesó que el factor decisivo para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional fue la “ambición”, pues se vio atraído desde el punto de vista económico y financiero, por lo que debe asumir los riesgos propios que se generan en el mercado con el devenir del tiempo. Refiere además que no es posible retornar a Régimen de Prima Media cuando no se tienen 15 años de servicios a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional. Por lo tanto, solicita se revoque la sentencia y se le exonere del pago de las costas procesales, por cuanto la entidad cumplió con lo estipulado legalmente al momento del traslado.

 **3.3.**  **Colpensiones** alegó que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual fue válida y se hizo conforme a derecho, toda vez que el acto jurídico por medio del cual se materializó el traslado se hizo con pleno uso de las facultades y capacidades del actor, y de acuerdo a material probatorio aportado al legajo, el demandante no tiene el tiempo necesario para que pueda ordenarse su regreso automático al Régimen administrado por Colpensiones.

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 al ente territorial accionado, se dispone desatar el grado jurisdiccional de Consulta.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, la parte activa y las entidades recurrentes Colpensiones y Colfondos S.A. allegaron por escrito sus alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo previa las siguientes:

1. **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)** en qué eventos es posible analizar la eficacia del traslado de régimen pensional; **(ii)** cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, **(iii)** determinar si para el momento en que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado determinada información, **(iv)** si del material probatorio recopilado en la actuación es posible derivar que el demandante recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos y, **(v)** si hay lugar a exonerar del pago de las costas procesales a las AFP´s Protección S.A. y Colfondos S.A., como lo proponen en el recurso de apelación y, a Colpensiones en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en su favor.

En este punto, es preciso indicar que la Sala no se ocupará del argumento invocado por Colpensiones en el escrito de alegaciones, según el cual la vía adecuada para probar la omisión del deber de información no es la ineficacia del traslado sino la acción de reparación de perjuicios, dado que dicho argumento no fue un punto de apelación planteado al momento de interponer los respectivos recursos de apelación contra la decisión de primer grado.

 **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 RAIS, 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 formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

 *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

 *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 el demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado el demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

De lo anterior, puede derivarse además que, indistintamente de si el traslado de régimen pensional ha acarreado para el afiliado la pérdida del régimen de transición, esta circunstancia no es un prerrequisito para la prosperidad de la súplica de ineficacia, si se tiene en cuenta que en múltiples pronunciamientos el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P.

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que **(i)** el demandante nació el 24 de agosto de 1963, (fl. 26); **(ii)** que estando afiliado al ISS (hoy Colpensiones), el 1 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del mes siguiente, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la afiliación a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (fl. 31); **(iii)** que el 9 de mayo del año 2000 se trasladó a la A.F.P Santander - hoy Protección S.A., - entidad en la cual, a la fecha, permanece afiliado (fl. 32); y **(iv)** que según las historias laborales tanto de Protección S.A. como de Colpensiones, el demandante reporta más de 1.000 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fls. 27 y 172).

Conviene precisar que la A-quo para motivar su decisión, adujo en síntesis que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., 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, las entidades recurrentes cuestionan el razonamiento al que llegó el A quo, pues estiman que al demandante sí se le brindó la información que legamente se exigía para la época del traslado de régimen, por lo que este se hizo conforme a derecho, máxime que al demandante se le informó que la mesada pensional dependía de las tasas de rendimiento y rentabilidad del mercado de valores, los cuales para la época del traslado eran muy superiores a los actuales, lo cual hacía que la pertenencia al Régimen de Ahorro Individual fuera más favorable.

Revisando el caudal probatorio se encuentra que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte del demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 217 a 221, consistentes en el formulario de afiliación, certificación en la que se hace constar el traslado a la AFP Protección S.A., el reporte de estado de cuenta, y, el historial de vinculaciones.

Revisados tales documentos, se considera que los mismos no evidencian ningún tipo de información que pueda concluirse clara, suficiente y objetiva, para afirmar que el demandante tomó 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.

Tampoco se desprende algo distinto de la declaración de parte rendida por la activa, puesto que al analizar la referida prueba, lo que el actor manifestó básicamente fue que su afiliación a Colfondos se debió a cierta presión efectuada por la empresa donde él laboraba en aquella época, pues era más fácil cotizarle a todos los trabajadores a un mismo fondo y no a varios; que al lugar llegaron asesoras de dicha entidad y los reunieron en grupos de aproximadamente 15 o 20 personas, les informaron sobre las ventajas de pertenecer a dicho fondo; les pusieron de presente que las rentabilidades allí eran muy buenas y que el Seguro Social iba entrar en declive, por lo que las cotizaciones corrían el riesgo de perderse; que les informaron que podrían pensionarse a una corta edad, pero no les explicaron que debían tener determinada suma en la cuenta de ahorro individual. Refirió que nunca solicitó información adicional porque confió plenamente en lo que le estaban diciendo; que nunca los obligaron a firmar el formulario de afiliación y que su interés por regresar a Colpensiones se fundamenta básicamente en brindar una mayor protección familiar en cuanto a lo económico, pues existe mayor seguridad en la vejez.

De dicha declaración, a juicio de la Sala, lo que se advierte es que la selección del régimen pensional del demandante, se vio doblemente afectado, primero, por su empleador, quien desconoció el derecho a la libre escogencia de sus trabajadores al presionarlos a llevar a cabo la afiliación a determinado régimen pensional para evitar realizar aportes a distintas entidades, y segundo, por la entidad administradora de pensiones quien no demostró haber suministrado la información necesaria, suficiente y pertinente para la migración de régimen pensional.

Aunado a ello, se considera que lo dicho por el demandante no tiene tampoco la virtualidad de medir si la entidad cumplió o no con el deber de información a su cargo, máxime cuando en la misma demanda la parte alega la falta al deber de información de manera clara, suficiente y completa por parte de la entidad privada, de modo que, es al operador judicial a quien le corresponde determinar con base en el material probatorio que al respecto allegue la administradora de pensiones, si la información fue o no suficiente, tal cual lo exige la jurisprudencia a la cual se ha hecho alusión, consistente en que la entidad debe documentar el tipo de información que brinda al afiliado y conservarla en sus archivos (Sentencia SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019).

Igual situación se predica respecto de la A.F.P Protección S.A., quien tampoco acreditó que al momento de la afiliación a esa entidad, le brindó al demandante 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.

En ese orden, acorde con lo expuesto, 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 al afiliado, 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, la A.F.P Colfondos, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió de haber brindado al demandante en el traslado que este realizó en septiembre de 1999 - 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 el demandante con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Lo anterior, en suma conlleva entonces a que las cosas deban ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja su cuenta de ahorro individual, esto es, Protección S.A., debe devolver a la administradora del RPMPD – Colpensiones, todos los aportes con sus respectivos rendimientos, tal como lo indicó la juez de primer grado.

No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se hace necesario MODIFICAR la sentencia en orden a complementar los rubros que dicho fondo debe remitir a Colpensiones, motivo por el que se le ordenará a la AFP Protección S.A., incluir además del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada con sus respectivos rendimientos, los bonos pensionales, saldos adicionales, frutos e intereses, así como los gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales y otros), las sumas que retuvo para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, con cargo a sus propios recursos tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

 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 del 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…”*

Tal decisión no cambia por el hecho de no haber pertenecido el demandante al régimen de transición antes de la migración de régimen pensional, como parecen alegarlo dos de las apelantes, si se tienen en cuenta que conforme a los argumentos esbozados precedentemente, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente de si se tenía o no un beneficio transicional; pues debe hacerse desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las A.F.P., respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada. (Ver entre otras, sentencia SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814).

De otro lado, se hace necesario ADICIONAR la sentencia objeto de análisis, para que la AFP Colfondos, quien perpetró el traslado de régimen pensional de la actora, traslade 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 dicha entidad, debidamente indexados.

Frente a las excepciones propuestas, estuvo bien que no se declararan probadas: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y buena fe; y otras, como la de prescripción, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo. En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

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

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

Por último, en relación con la condena en costas procesales de las que se quejan Protección S.A. y Colfondos S.A., se dirá que la misma se encuentra ajustada a derecho, puesto que en los términos del núm. 1º del artículo 365 del CGP, al existir oposición frente a la prosperidad de las pretensiones del gestor y salido vencidas en juicio, es deber del operador judicial imponer tal condena en costas, como en efecto lo hizo la A-quo. Por ende, no prosperan los recursos interpuestos en ese sentido, por lo que también se CONFIRMARÁ este punto de la sentencia apelada.

No obstante, se revocará la condena que por este concepto le fue impuesta a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, como quiera que esta entidad no es responsable de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional ocasionada por la falta al deber de información de su par procesal –Colfondos S.A.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Las costas en esta sede estarán a cargo de Protección S.A. Colfondos S.A. y Colpensiones, en favor de la activa, dado la improsperidad de los recursos de alzada propuestos.

1. **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: MODIFICAR** el ordinal 2º de la sentencia proferida el 26 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ORDENAR A LA A.F.P PROTECCIÓN S.A.,** trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, 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. Para adelantar las gestiones pertinentes para el traslado de la totalidad de los rubros dispuestos con destino a Colpensiones, se le concede el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR A LA A.F.P COLFONDOS S.A.,** 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 esa entidad, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados, conforme las consideraciones vertidas en esta sentencia.

**TERCERO: 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 el porcentaje de la condena por partes iguales las AFP demandadas.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**QUINTO:** Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., Colfondos S.A. y de Colpensiones, en favor del demandante.

(…)

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto