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”.

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | María Mirley Betancur Grajales  |
| Demandado: | Protección S.A. y Colpensiones  |
| Radicación No. | 66001–31-05-005-2018-00054-01 |
| Juzgado origen: | Quinto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de Julio de 2020  |
| Decisión: | CONFIRMA Y ADICIONA |

Registro del proyecto, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Acta de discusión número 119 de 25-08-2020

Pereira, Risaralda, treinta y uno (31) 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 el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

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

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P Santander hoy Protección S.A., y consecuente con ello, aspira que se le ordene a esta entidad privada a liberarla de sus bases de datos y a trasladar con destino a Colpensiones todas las cotizaciones que recibió, así como a pagar las costas del proceso. Pide igualmente que se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante activa, y a lo demás que resulte probado en virtud de las facultades ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que nació el 1 de mayo de 1962; que inició su vida laboral el 6 de febrero de 1990 con el Instituto Nacional de Tránsito, siendo afiliada al antiguo Instituto de Seguro Social donde efectuó cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1995; que el 28 de septiembre de 2007 suscribió formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Santander hoy Protección S.A., con ocasión a la visita que le hizo un asesor comercial de esa entidad a su sitio de trabajo; quien le ofreció de manera verbal como promesa para el traslado, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, un monto de mesada pensional superior a la que recibiría en el otro régimen pensional, el derecho a heredar la prestación hasta el 5to grado de consanguinidad, la devolución del capital ahorrado en la cuenta en caso de no querer recibir la prestación, entre otros aspectos, sin que se le especificara que para recibir el derecho pensional requería un capital muy superior.

Refiere que la AFP Protección S.A, en respuesta a su derecho de petición le informó que la mesada pensional sería de alrededor de $1´007.008 al cabo de los 57 años, mientras que en el régimen de prima media sería de aproximadamente $2´472.557; que el 14 de julio de 2017 Colpensiones le informa que no es posible autorizar el traslado de régimen, en razón a que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensión; que a la fecha acredita un total de 973.43 semanas cotizadas en toda su vida laboral, sin contar las del régimen de prima media con prestación definida; y que cuenta con un capital ahorrado de $135´314.181.

 **1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. COLPENSIONES.**

Dentro del término de ley, contestó a través de su portavoz judicial, aceptando los hechos relativos a la fecha de natalicio de la demandante y, la solicitud de traslado y su respuesta desfavorable. Respecto a los demás hechos dijo que le constaban. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la Litis, arguyendo que carecen de sustento fáctico y legal en razón a que el traslado se hizo conforme a derecho. Enlistó en su defensa como medios exceptivos los que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “buena fe” e “imposibilidad de condena en costas”, ver folios 69 a 80.

**1.2.2. A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

Por su parte al dar respuesta a través de apoderada judicial, aceptó igualmente la fecha de natalicio de la actora, la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, empero, aclarando que el traslado se perpetuó el 1 de febrero de 1996 a través de la AFP ING hoy Protección S.A., y la presentación de un derecho de petición y su respuesta. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad” y “Falta de causa para demandar”, ver fls.102 a 117.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 29 de agosto de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que **declaró la ineficacia del traslado** régimen que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 11 de enero de 1996, y en consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses con destino a Colpensiones, y a esta última, a aceptar sin dilaciones el traslado de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas y dadas las resultas del proceso, condenó a Protección S.A., al pago de las costas procesales a favor de la parte actora en un 50% de las causadas.

Para arribar a esa determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario que la **A.F.P PROTECCIÓN S.A.** incumplió con la carga de la probatoria de acreditar el cumplimiento del deber de buen consejo de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, lo cual debe incluir las ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias jurídicas, pues del contenido del formulario de afiliación no se desprende que hubiese suministrado información suficiente, veraz y completa a la demandante para efectuar el cambio de régimen pensional. Por lo tanto concluyó el A quo, que la decisión de traslado de la activa no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento informado para aceptarla.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpuso recurso de apelación en orden a que se revoque y se nieguen las pretensiones. Para el efecto, indicó en síntesis que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual era a ella a quien le correspondía probar los supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones, acreditando el engaño o inducción a error por parte del asesor comercial al momento de suscribir el formulario de afiliación y concretar su traslado al régimen de ahorro individual, lo cual considera no ocurrió, pues la demandante se limitó a indicar algunas de las características de ese régimen y a decir que el I.S.S., se iba a liquidar, situación que en efecto aconteció. Para el efecto, se apoyó en providencias de algunas de las Salas de Decisión de este Tribunal, cuyos apartes trajo a colación.

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 como la AFP Protección S.A. y Colpensiones, 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 de consulta, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a ***(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 que opere la inversión de la carga de la prueba en favor de la afiliada adquiere relevancia el hecho de que esta sea beneficiaria o no del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; ***(iii)*** dilucidado lo anterior ya en grado jurisdiccional de consulta se dilucidará si al momento de traslado de régimen pensional a la demandante se le suministró la información necesaria por parte del fondo de pensiones,  para entender que el acto de traslado fue eficaz.

 **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, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

*(…) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

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

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

*“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*…Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

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

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que (i) la demandante nació el 1° de mayo de 1962 (fl. 33); (ii) que el 6 de febrero de 1990 se afilió al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y que el 11 de enero de 1996 suscribió formulario de afiliación con Davivir hoy AFP Protección S.A., trasladándose con ello al Régimen de Ahorro Individual (fl. 128 y ss) y (iii) que al 26 de junio de 2017 reportaba un total de 973.43 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fl. 35).

En el recurso de alzada, la codemandada Colpensiones cuestiona el razonamiento de la A-quo, al considerar que la demandante es quien tiene la carga de probar el engaño o inducción a error que alega en la demanda, al no ser beneficiaria del régimen de transición, circunstancia que a su juicio no se probó puesto que la demandante se limitó a indicar las particularidades del régimen de ahorro individual y decir que el ISS se iba a acabar.

Para resolver dicho cuestionamiento, basta decir desde ya, que la fundamentación del impugnante no encuentra sustento alguno en las normas y jurisprudencia que nutren el tema, pues conforme a los argumentos expuestos en precedencia la regla jurisprudencial de la eficacia del traslado de régimen pensional es un aspecto que se analiza de manera independiente de si el afiliado tenía o no un beneficio transicional antes de la migración de régimen, en consideración a que su análisis debe hacerse desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las Administradoras de pensiones, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada. (Al respecto, se puede consultar la sentencia SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814).

Vistas así las cosas, la inversión de la carga de la prueba le impone a la A.F.P Davivir hoy Protección S.A., probar – para efectos de concluir que la decisión del afiliado fue consiente y libre - que en el traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, cumplió su deber de informar de manera suficiente, completa, clara y comprensible sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Al auscultar el caudal probatorio se encuentra que la **AFP DAVIVIR, (hoy Protección S.A),** buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte de la demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan en los folios 118 a 151, consistentes entre otros en el historial de vinculaciones, el reporte de estado de cuenta detallado, los formularios de afiliación, y sendas respuestas a peticiones presentadas por la afiliada.

Revisados tales documentos, la Sala concluye que los mismos no evidencian el suministro de información clara, suficiente y objetiva para que la afiliada tomara 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 acreditar, 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 al afiliado (a), 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.

De otra parte, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se desprende una situación distinta, si se tiene en cuenta que manifestó que la asesoría se hizo de manera individual en su sitio de trabajo; que el asesor le habló de las ventajas de pasarse al fondo privado, que el Seguro Social iba a desaparecer y no tendía posibilidad de pensionarse, mientras que en el fondo privado podía pensionarse o retirarse cuando lo deseara; que lo que la motivó para realizar el traslado fueron las bondades que le informó el asesor, dado que siempre buscaba garantizar su vejez con tranquilidad, como era una pensión digna y muy superior; que nunca le dieron un cuadro comparativo o cotejo entre ambos regímenes; que se acercó al fondo privado en el 2017 y fue ahí cuando se dio cuenta que había sido engañada y la angustia *se apoderó de ella* porque se dio cuenta de su situación real; que recibió extractos en su correo, pero no los revisaba; que muchos compañeros de trabajo se trasladaron; que no hizo uso del retracto porque no fue bien asesorada por parte de la entidad de pensiones y, por último que suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones.

De tales manifestaciones, las cuales coinciden con los hechos planteados en el libelo introductor del proceso, a juicio de la Sala mayoritaria, no es posible colegir que la demandante recibió información suficiente, clara y completa de las consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional, pues nótese que únicamente se le puso de presente un panorama de ventajas objetivas dentro del Régimen de Ahorro Individual, entre ellas, la más llamativa para formalizar el traslado, la obtención de una mesada pensional superior a la que reconocería el Régimen administrado por el entonces I.S.S.

Aunado a ello, se considera que lo dicho por la 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 enseña la jurisprudencia a la cual se ha hecho alusión, consistente en que la entidad debe documentar el tipo de información que brinda al afiliado(a) y conservarla en sus archivos (Sentencia SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019).

.

En ese orden, la Sala comparte los argumentos utilizados por la 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, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.,** a la demandante en el traslado que esta realizó en enero de 1996 - 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, motivos por los que la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA.**

Lo anterior, en suma 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, PROTECCIÓN S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos, los bonos pensionales, saldos adicionales, frutos e intereses, 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, junto con los bonos pensionales, saldos adicionales, frutos e intereses, los 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, así como las comisiones cobradas 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 de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”*

**Frente a las excepciones propuestas,** 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)”.*

Con lo anterior, queda resuelta en su integridad el punto de inconformidad propuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia.

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 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Quinto 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, además de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos, frutos, intereses, 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 las comisiones cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** todo lo demás.

**TERCERO.** Sin costas.

Esta decisión se notifica en Estados

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto