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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante:  | Luz Estella Ramírez Toro    |
| Demandado:  | Colpensiones y Porvenir S.A.  |
| Radicación No.  | 66001–31-05-003-2018-00195-01  |
| Juzgado origen:  | Tercero Laboral del Circuito de Pereira  |
| Tipo de proceso:  | Ordinario Laboral   |
| Providencia:  | Sentencia de segunda instancia  |
| Decisión:  | **MODIFICA SENTENCIA** |

Registro del proyecto: diecisiete (17) de septiembre de 2020

Acta de discusión No. 137 del 22 de septiembre de 2020

Pereira, Risaralda, veintiocho (28) de septiembre 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 SEPULVEDA,** a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero 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**

**I.  ANTECEDENTES**

**1.1.   Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., y con base en ello, aspira a que se ordene dicho fondo privado al cual se encuentra actualmente afiliada, remitir con destino a Colpensiones los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, y con la diferencia entre el valor de lo trasladado y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en dicha administradora de pensiones. Solicita además se condene a Colpensiones a aceptar el traslado manteniendo los efectos del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a reconocer la pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos legales, junto con el retroactivo correspondiente, más las costas del proceso a su favor.

Como sustento de sus pretensiones expuso en síntesis que el día 6 de febrero de 1986 se vinculó al régimen de prima media con prestación definida; que el 10 de mayo de 1999 suscribió formulario de afiliación a la **AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A,** trasladándose con ello al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el asesor comercial de esta entidad no le brindó la debida asesoría legal que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo, informado y consciente de las consecuencias que le generaría esa decisión, que no realizó proyecciones de su expectativa pensional en ambos regímenes, ni la interrogó sobre su situación familiar y beneficiarios, lo que dio lugar a una inducción en error que lleva consigo la obtención de una mesada pensional inferior a la que se causaría de haber permanecido en el régimen de prima media.

Refiere que el 7 de diciembre de 2013 diligenció formulario de afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, quien mediante comunicación de ese mismo día negó la petición aduciendo que le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional.

**1.2.     Respuesta a la demanda.**

**1.2.1.   COLPENSIONES**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda, calificando como ciertos los hechos relativos a la fecha de afiliación de la demandante al régimen de prima media y su posterior traslado al régimen de ahorro individual, la solicitud de traslado elevada por la actora y su respuesta desfavorable. En relación con los hechos restantes, manifestó que no le constaban o que comprometían únicamente a la accionante o al fondo privado demandado. Se opuso a las pretensiones de la Litis y en su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”, ver folios 46 a 51.

**1.2.2.  PORVENIR S.A.**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la fecha de afiliación de la actora al ISS, la calidad de afiliada que ostenta a la fecha, la absorción que hizo Porvenir respecto de Horizonte Pensiones y Cesantías, empero, advirtiendo que el traslado de régimen pensional se realizó con la primera, y que el 23 de julio de 2002 la demandante suscribió formulario de afiliación con la segunda. Los demás, los negó o dijo que no le constaba.  Se opuso a las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen pensiones se realizó conforme a lo establecido en la Ley. En su defensa, formuló como excepciones las que denominó “Validez de la afiliación al Rais e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción” y “Buena fe”, ver folios 68 a 86.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 28 de junio de 2019, en la que **declaró la ineficacia** del traslado de régimen pensional realizada por la demandante el 10 de mayo de 1999 a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A:, razón por la que le ordenó a esta entidad trasladar a Colpensiones  “todos los saldos que aparezcan en la cuenta individual de la afiliada (…) y de manera detallada todos y cada uno de los ciclos de cotización determinando el IBC, el tiempo efectivamente cotizado y el correspondiente empleador”. De otro lado, le ordenó a Colpensiones que aceptara el traslado de la demandante, y que una vez reciba la información detallada de su historia laboral, proceda a modificarla si es del caso para incluir cada uno de los tiempos cotizados. Le advirtió además a esta entidad que, una vez la demandante presentase la reclamación frente a sus prestaciones económicas, proceda de conformidad a resolver respetando las normas que resulten aplicables al caso. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y condenó en costas procesales a Porvenir S.A., en un 10% de las causadas.

Para arribar a esas determinaciones, la A-Quo argumentó, en síntesis, que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue ineficaz porque Porvenir S.A., entidad que realizó el traslado de régimen pensional, no demostró haber cumplido con el deber de información de manera clara, comprensible y suficiente sobre las características de ambos regímenes, sus condiciones de acceso y los efectos de ello, de modo que ella pudiere otorgar su consentimiento de manera consciente y libre.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, los sujetos que integran la parte pasiva apelaron la sentencia.

**Porvenir S.A.** indicó básicamente que en el proceso se acreditó que a la demandante sí se le dio la información que en el momento exigía la ley, máxime que en el interrogatorio de parte que aquella rindió aceptó haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre voluntaria y sin presiones. De otro lado, afirmó que no es posible por prohibición expresa de la ley, ordenar el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media, dado que presentó la solicitud faltándole menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones** – Colpensiones hizo énfasis en la prohibición legal contenida en el artículo 2 ley 797 de 2003, para indicar que la demandante no puede retornar al Régimen de Prima Media. Indicó además que el traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual tuvo plena validez, pues la demandante firmó el formulario de afiliación sin ningún tipo de vicio en el consentimiento.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado para descorrer el traslado, allegaron escrito de alegaciones tanto Colpensiones como la AFP Porvenir S.A., por lo que se procede a decidir de fondo previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de Colpensiones, 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 el material probatorio recopilado permite concluir que la demandante recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos, y en ese orden, establecer si el traslado de régimen fue o no eficaz; en caso negativo *(iii)* establecer si resulta posible ordenar el traslado de régimen pensional pese a existir prohibición legal para cambiar de régimen cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima. Ya en grado jurisdiccional de consulta se revisará (iv) qué conceptos deben ser trasladados a Colpensiones con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

**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 que 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 23 de septiembre de 1960 (fl.18); (ii) que estando afiliada al ISS (hoy Colpensiones), el 10 de mayo de 1999 suscribió solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual a través de Porvenir S.A., con lo que se materializó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (fl. 20); (iii) que posteriormente el 23 de julio de 2002 suscribió formulario de afiliación con Horizonte Pensiones y Cesantías, entidad que fue absorbida por la AFP Porvenir (fl. 88); (iv) que al 11 de abril de 2018 reportaba un total de 1.286 semanas de aportes al sistema pensional, incluyendo las semanas cotizadas al régimen de prima media y al de ahorro individual.

Para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, la a-quo adujo, en síntesis, que Porvenir S.A., no demostró haber proporcionado a la actora 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 codemandadas cuestionan dicho razonamiento, argumentando básicamente que el traslado de la demandante fue válido y eficaz, puesto que Porvenir S.A. le brindó la información que legalmente se exigía para ese momento y suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin vicio alguno en el consentimiento, tal como lo aceptó en el interrogatorio de parte que absolvió. Aducen además que no es posible ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media, por faltarle menos de 10 años para arribar a la edad mínima de pensión.

Para resolver, se revisa el material probatorio, encontrando que la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., buscó demostrar su diligencia y cuidado en el cabal asesoramiento de la demandante con pruebas de naturaleza documental, así como con el interrogatorio de parte de la demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 87 a 125, consistentes entre otras, en el formulario de afiliación suscrito con esa entidad, la historia laboral mes a mes y consolidada y, la relación histórica de movimientos.

Tales documentos, no evidencian ningún tipo de información clara, suficiente y objetiva para tomar una decisión consciente, 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 al  afiliado, 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.

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se desprende una situación distinta, si se tiene en cuenta que manifestó que se trasladó porque los asesores de la entidad, entre otros que fueron a su lugar de trabajo en el área metropolitana, la visitaron afirmando que podría obtener mayores beneficios tales como la posibilidad de obtener una pensión anticipada y superior a la que le otorgarían el Seguro Social, el cual iba a quebrar, o la opción de que sus familiares accediera a la pensión.

Dichas afirmaciones, fueron ratificadas por los declarantes citadas a instancias de la parte actora, señores Ana Patricia Pérez Castaño, Jorge Tulio Cruz Becerra y Arbey Henao Monsalve, quienes al unísono en síntesis manifestaron que la información que daban los fondos de pensiones que los visitaron en los puestos de trabajo era muy básica y parcializada, pues todos les informaban beneficios consistentes en la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, pero la realidad ese que nunca les hablaron de las desventajas que acarreaba el traslado, incluso uno de ellos indicó que se trató de un engaño.

Pero, a más de que esas declaraciones lo que hacen es ratificar los dichos de la demanda, lo cierto es que en todo caso no pueden ser tomadas como parámetro válido para medir si la entidad cumplió a cabalidad el deber a su cargo, pues se trata de terceros legos en la materia, que carecen de medios comparativos apropiados, de toda índole, en orden a juzgar que la información fue o no adecuada, de modo que, es al operador judicial a quien 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(a) y conservarla en sus archivos (Sentencia SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019).

Ahora bien, en relación con el ataque de Colpensiones encaminado a cuestionar la procedencia de la ineficacia del acto jurídico de traslado, con el argumento de **violentar la prohibición de traslado de régimen** por faltarle a la demandante diez años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión, baste decir que ello no resulta ser un argumento válido para atacar la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen, pues ambos asuntos se diferencian de manera sustancial el uno del otro.

En efecto, el término perentorio de permanencia en cada régimen, así como la prohibición expresa de trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima pensional, (Artículo 2º Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993) opera siempre y cuando la elección de traslado de régimen estuviere libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometa la validez y eficacia del traslado, más cuando es el acto mismo del traslado lo que se cuestiona, la aplicación de la norma sin duda alguna cede prima facie en aras a ventilar las condiciones en que se llevó a cabo el  traslado de régimen pensional. Sería un contrasentido legal, que se forzara al afiliado (a) a permanecer en un régimen pensional, cuando para su ingreso o traslado, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante en el momento de emigrar de un régimen pensional a otro.

Por consiguiente, la inconformidad de la recurrente en este puntual aspecto, en el que indica que al desatar este litigio de manera favorable a las pretensiones de la parte activa, se infringiría el lapso legal de prohibición de traslado de régimen pensional, no resulta ser un  argumento válido para negar las pretensiones de la parte actora, como quiera, que como se ha visto los supuestos fácticos y jurídicos de la demanda, distan diametralmente de los alcances de la prohibición legal de trasladarse faltando 10 años o menos antes de adquirir la edad mínima de pensión.

Acorde con lo hasta aquí expuesto, no es mucho lo que debe agregarse al fallo venido en apelación, en tanto que la Sala comparte los argumentos  de los que se valió el  a-quo, en aras a fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que  le debió brindar la A.F.P. PORVENIR S.A. a la demandante en el traslado que esta realizó el 10 de mayo de 1999-, por lo que 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, razones por las cuales **se CONFIRMARÁ** el fallo venido en apelación.

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, PORVENIR S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas los saldos que existen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal cual lo estimó la falladora de primer grado.

No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, se  **MODIFICARÁ**  la sentencia consultada para ordenarle a la A.F.P. PORVENIR S.A., que además de las cotizaciones traslade con destino a COLPENSIONES los rendimientos de las cotizaciones, los saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, debidamente indexados 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.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de la parte activa, dada la improsperidad de sus recursos de alzada.

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 3º de la sentencia proferida el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de ORDENAR a la **A.F.P PORVENIR S.A**., trasladar con destino **a COLPENSIONES**  la totalidad del capital acumulado en la  cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ ESTELLA RAMÍREZ TORO**, los rendimientos de las cotizaciones, los saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones y las comisiones cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO. COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor del demandante.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto