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: | Rosa Isabel Cera Villegas  |
| Demandado: | Colpensiones, Old Mutual Pensiones y Cesantias S.A., Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A.  |
| Radicación No. | 66001–31-05-003-2018-00299-01 |
| Juzgado origen: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de septiembre de 2020  |
| Decisión: | **CONFIRMA Y ADICIONA** |

Registro del proyecto, diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Acta de discusión número 131 de 15-09-2020

Pereira, Risaralda, veintiuno (21) 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 SEPÚLVEDA** a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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 (i) la nulidad de las afiliaciones que hizo a los fondos privados accionados pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, y (ii) la validez de su afiliación a Colpensiones, y en consecuencia, pide que se condene a esta entidad a recibirla nuevamente como afiliada del régimen de prima media con prestación definida y, a las demás entidades a devolver todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses con destino a Colpensiones. Así mismo, que se les condene a pagar en su favor las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones expuso que en el mes de julio de 1988 se afilió por cuenta de su empleador al régimen de prima media con prestación definida; que en noviembre de 1994 asesores comerciales de la AFP Colfondos S.A. la visitaron en las dependencias de su trabajo, ofreciéndole los servicios del régimen de ahorro individual con solidaridad, a lo cual ella accedió, dado que le informaron que podría pensionarse a más temprana edad que en el otro régimen, que el monto de la pensión le sería mucho más alto, que el ISS estaba próximo a desaparecer, que de no tener beneficiarios no perdería la pensión pues sus herederos podrían obtenerla hasta el 5to grado de consanguinidad o incluso heredar el capital ahorrado en caso de su fallecimiento, que podía reclamar el bono pensional o la devolución de saldos si no quería pensionarse. Indica que para ese momento no efectuaron el comparativo de las proyecciones y beneficios pensionales, advirtiéndole sobre las consecuencias jurídicas de su traslado, ni tampoco le informaron que disponía de un plazo para retornar al RPMPD; que con base en esos mismos argumentos migró en múltiples ocasiones a distintos fondos privados, encontrándose desde el mes de agosto de 2012 en la AFP Porvenir S.A.; que según documento expedido por esta entidad, reporta en su cuenta de ahorro individual un total de 209´719.443 y 1.200 semanas cotizadas al sistema; que con base en dicho documento tendría derecho a una mesada pensional de $781.242 al cumplimiento de sus 59 años, al paso que de haber permanecido en el RPMPD sería de $3´449.400; que según respuesta al derecho de petición que presentó ante esa entidad no existen soportes de las proyecciones pensionales de la asesoría porque se realizaron de manera verbal, y por último que, Colpensiones negó su solicitud de traslado aduciendo que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo de pensión.

 **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 afiliación de la demandante al RPMPD, su traslado al RAIS y la respuesta negativa a su petición de retorno. Respecto a los demás hechos dijo que le constaban o que comprometen únicamente a la actora y a los demás fondos privados accionados. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, 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 demandada” y “Prescripción”, ver folios 143 a 149.

**1.2.2. A.F.P. OLD MUTUAL**

Al dar respuesta a través de apoderada judicial, aceptó los hechos relacionados con la afiliación de la demandante a esa entidad en dos ocasiones, en agosto de 2005 y abril de 2007. Negó los demás o adujo que se trataba de hechos ajenos a ella. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones las de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, Prescripción” y “Buena fe”, ver folios 173 a 194.

**1.2.3. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**

Se pronunció a través de su apoderado judicial, aceptando los hechos atinentes a la información dada por el asesor de la entidad, según la cual podía pensionarse a más temprana edad y adquirir un monto pensional superior al que le otorgaría el RPMPD, la posterior afiliación a la entidad con efectos a partir del 1 de mayo de 2006 y, su traslado a Old Mutual S.A. Se opuso a las pretensiones aduciendo que los actos jurídicos que dieron lugar a la vinculación a la entidad se realizaron conforme a la ley. Propuso idénticos medios exceptivos que la administradora de pensiones colacionada anteriormente, ver folios 238 a 259.

**1.2.4. A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

Se pronunció a través de apoderada judicial indicando que acepta únicamente lo relacionado con los traslados efectuados a las AFP Colfondos y Old Mutual. Se opuso a las pretensiones al considera que los actos jurídicos que perpetuaron la vinculación a Colmena e ING, administrados actualmente por Protección S.A, se realizaron conforme lo establece la ley. Formuló Propuso idénticos medios exceptivos que los fondos anteriores, ver folios 283 a 303.

**1.2.5. A.F.P. PORVENIR S.A.**

Al dar respuesta a través de su portavoz judicial, aceptó la vinculación de la demandante a las AFP Colfondos y Old Mutual, la información derivada del documento que expidió relativa al capital ahorrado, el tiempo cotizado y la proyección de la mesada pensional, así como la respuesta dada al derecho de petición. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como medios exceptivos los de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Prescripción” y “Buena fe”, ver folios 322 a 342.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 14 de agosto de 2019, en la que **declaró (i) la ineficacia** del traslado de régimen pensional que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 16 de septiembre de 1994, y **(ii) la consecuencial vigencia de la vinculación que tenía al régimen de prima media** con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones. Así, le ordenó a la A.F.P Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, haciendo un detalle pormenorizado de los aportes en lo que especifique el empleador, días cotizados y el IBL. De otra parte, le ordenó a Colpensiones habilitar la afiliación de la demandante una vez reciba la información procedente del fondo privado, proceda a modificar y actualizar si es del caso la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas y condenó en costas procesales a Colfondos S.A. en un 100% de las causadas en favor de la gestora de la Litis.

Para arribar a esa determinación, la A-quo comenzó por el recuento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, enfatizando en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, que dice, establecieron de manera clara el derecho a la libre escogencia de régimen pensional que tiene el trabajador y que cualquier vulneración a este derecho acarrea como consecuencia la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

En ese orden, hizo alusión a que de conformidad con dicha normativa y las advertencias realizadas por la jurisprudencia nacional, es menester que se ilustre al presunto afiliado sobre las características y condiciones propias de los regímenes que coexisten en el sistema pensional, que se le informe de manera clara, cierta y oportuna sobre las consecuencias jurídicas, incidencias, ventajas y desventajas de la decisión de trasladarse, a efectos de que pudiera tomarse una manifestación libre, consciente y voluntaria, carga probatoria que según explicó, correspondía a las entidades administradoras de pensiones, pero que extrañó al examinar los medios de convicción allegados al plenario, pues consideró que ninguna de ellas se encargó de acreditar que le brindó a la demandante la información idónea y concienzuda de lo que significaba trasladarse de régimen pensional, pues por el contrario, lo que advirtió es que entre los distintos fondos se generó una competencia por tenerla como su afiliada, lo cual claramente vulneró su derecho de libre escogencia, según lo dedujo del interrogatorio de parte que esta absolvió, en el que advirtió un total desconocimiento e ignorancia frente al tema.

Finalmente, indicó que Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, es quien debía cargar con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, sin que a las demás entidades entre las cuales existió movilidad en el mismo RAIS, pueda imponérseles responsabilidad o sanción alguna, por cuanto la ineficacia afecta los actos jurídicos posteriores.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo de decidido, **la A.F.P Porvenir S.A**. interpuso recurso de apelación en orden a que se revoque. Para el efecto, indicó que la sentencia no tuvo en cuenta que la demandante en su interrogatorio manifestó que recibió una debida asesoría en la que se le explicaban las características propias del RAIS, que conoció el año de gracia otorgado por la ley 100 para retornar al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, no hizo uso de ello, y que además ratificó su intención de pertenecer al RAIS dada la multiplicidad de afiliaciones que efectuó al interior del mismo y el hecho de haber realizado aportes por más de 24 años, por lo que considera que su afiliación fue valida y eficaz, máxime cuando firmó los formularios de manera libre, voluntaria y sin presiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones **– Colpensiones**, por su parte, alegó que no es posible acceder al traslado porque la demandante se encuentra a diez años o menos de cumplir requisito de la edad, de conformidad con el articulo 2 Ley 797 de 2003. Así mismo, indicó que demandante incumplió el Decreto 2550 de 2010, según el cual es obligación del afiliado al sistema general de pensiones, entre otras, enterarse de las condiciones del sistema, atención y cuidado en la toma de decisiones, leer y revisar condiciones de afiliación al sistema o traslado y que la afiliación implica la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones derivados de estas.

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, tal cual se anunció en el auto que admitió la apelación.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

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

1. **CONSIDERACIONES**
	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)* dilucidar 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; *(iii)* establecer si es posible acceder al traslado de régimen pensional aun cuando a la demandante le faltan diez años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión. (*iv)* determinar si la migración del afiliado dentro del RAIS convalida el traslado inicial efectuado al interior del mismo; *(v)* Ya en grado jurisdiccional de consulta se analizará si hay lugar a ordenar a las AFP´s demandadas a restituir algún valor cancelado por la parte demandante durante el periodo en que estuvo afiliada en esas entidades.

 **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 15 de septiembre de 1959 (fl.32); (ii) que antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema de seguridad social se había afiliado al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y que el 16 de septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación con Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., trasladándose con ello al Régimen de Ahorro Individual, efectuando al interior del mismo 9 movimientos entre los distintos fondos privados accionados, encontrándose afiliada a la fecha a la AFP Porvenir S.A. fls.260 y 264) y (iii) que al 16 de marzo de 2018 reportaba un total de 1200 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fl.39).

Conviene precisar que, para motivar su decisión, la A-quo adujo en síntesis que las administradoras de fondos de pensiones accionadas, y especialmente, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., entidad que realizó el traslado de régimen pensional al RAIS, no demostró haber proporcionado a la demandante una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre, consciente y voluntaria.

Al apelar la decisión, las entidades recurrentes cuestionaron el anterior razonamiento, argumentando básicamente que el traslado fue válido y eficaz, pues a la demandante se le brindó la información que legamente correspondía, aunado a que a la demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión, razón por la que no es posible su retorno al RPMPD.

Para resolver, se revisa el material probatorio, encontrando que la administradora de fondos de pensiones **Colfondos 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 260 a 271, consistentes en los formularios de afiliación suscritos con esa entidad en los años 1994, 2003 y 2008, la certificación de remisión de los saldos a otros fondos privados, el historial de vinculaciones y, el reporte de estado de cuenta.

Revisados tales documentos, se concluye que los mismos no evidencian ningún tipo de información clara, suficiente y objetiva para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar al fondo privado accionado, pues era a él a quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente.

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

Así mismo, 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 la visitaron en su puesto de trabajo en Colseguros 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 dejar de existir, o la opción de solicitar la devolución del capital ahorrado; que nunca le informaron que el dinero ahorrado hacia parte de la masa sucesoral ni que podía hacer aportes voluntarios o hacer uso del derecho de retracto; que ella de manera directa le entregó al asesor la información básica y personal que quedó consignada en el formulario de afiliación, el cual suscribió de manera libre y voluntaria.

 Ahora bien, aunque la gestora reconoció que recibió alguna información por parte de la administradora de pensiones durante el acto de traslado, se considera que sus dichos no tienen la virtualidad de medir si la entidad cumplió o no con el deber de información a su cargo, nótese que la información que afirmó se le brindó fue genérica y parcializada, evidenciándose la omisión de asesoría sobre las condiciones que debían cumplirse para acceder a las características que le habrían sido presentadas como ventajas de los fondos privados de pensiones, por lo que de ninguno de sus dichos se puede extractar confesión que beneficie al demandado, máxime cuando desde la misma demanda la parte alega la falta al deber de información de manera clara, suficiente y completa por parte de la entidad privada, por lo 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, 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 relación con el ataque de la alzada de Colpensiones, encaminado a cuestionar el retorno de la demandante al RPMPD por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, es del caso precisar que dicho término perentorio de la fidelidad al régimen pensional escogido, consagrado en el artículo 2 Ley 797 de 2003, **impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado**. Sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado a permanecer en un régimen pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró de un régimen de pensiones a otro, por lo que deben despacharse desfavorablemente los puntos de alzada.

Así las cosas, al haberse verificado que el traslado de régimen pensional de la demandante no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, consecuencia que irradia incluso a aquellos afiliados que les falten 10 años o menos para cumplir 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 la 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 COLFONDOS S.A., a la demandante en el traslado que esta realizó el 16 de septiembre de 1994, **la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto** y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía la demandante con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Igual situación se predica respecto de las demás administradoras de fondo de pensiones demandadas, quienes tampoco acreditaron que al momento de la afiliación a esa entidad, le brindaron a la 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.

Lo dicho en precedencia conlleva 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 las cotizaciones, con sus rendimientos, gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, y Colpensiones a recibirlos. Ratifica lo anterior, y en especial sobre los gastos de administración, lo que sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema en la sentencia SL1421-2019, Rad. 56174 en la cual se dice lo siguiente:

*Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”*

Así las cosas, atendiendo a que el operador judicial de primer grado solo ordenó a la **A.F.P PORVENIR** la devolución a Colpensiones “*de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, haciendo un detalle pormenorizado de los aportes en lo que especifique el empleador, días cotizados y el IBL”*. 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.

 De otro lado, se hace necesario **ADICIONAR** la providencia, para ordenar a los demás fondos privados accionados - Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A.-, que procedan a devolver con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a **gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros)** que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a Colpensiones, 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)”.*

Quedan resueltos en su integridad los puntos de inconformidad propuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de la parte activa.

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 14 de agosto 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**, además de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, frutos, intereses, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados, conforme las consideraciones vertidas en esta sentencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia en comento en el sentido de **ORDENAR** a las administradoras de fondo de pensiones y cesantíasColfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A., devolver con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a **gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y comisiones** que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a Colpensiones, debidamente indexados.

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

**CUARTO: Costas** en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y, en favor de la demandante.

La presente decisión se notifica en Estados.

Las Magistradas,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto