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: | HILDA INES GONZÁLEZ FLORIAN  |
| Demandado: | Protección S.A., Colfondos S.A. Y Porvenir S.A. Y Colpensiones  |
| Radicación No. | 66001–31-05-004-2018-00522-01 |
| Juzgado origen: | Cuarto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia  |
| **Decisión:** | **MODIFICA 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 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**

**1.1 Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y efectuado a través de la AFP Colfondos S.A., así como las afiliaciones posteriores, y en consecuencia, pide que se ordene (i) a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibirla nuevamente como afiliada cotizante, (ii) a la AFP Protección S.A. a liberarla de sus bases de datos y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida, y (iii) a las AFP´S accionadas a cancelar las costas del proceso a su favor.

Como sustento de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 29 de mayo de 1959; que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, realizando cotizaciones hasta el mes de septiembre de 1998, que a mediados de ese mes suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., sin embargo, no recibió asesoría alguna acerca de las implicaciones que tendría el traslado; que dicha entidad le manifestó en documento 180918-000225 que no reposa en su poder ningún soporte de la asesoría para la época del traslado, pues todo se hacía en forma verbal, salvo el formulario de afiliación el cual firmó de manera libre y voluntaria; que el 16 de julio de 1999 se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., y el 21 de julio del 2000 a la AFP Protección S.A., entidades que en ningún momento ofrecieron algún tipo de asesoramiento. Por último, aduce que el 2 de agosto de 2018 Colpensiones negó la solicitud de retorno al régimen de prima media, aludiendo que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensión.

 **1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. COLPENSIONES.**

Dentro del término de ley y a través de portavoz judicial, aceptó los hechos relativos a la fecha de natalicio de la demandante, su traslado de régimen a través de Colfondos S.A., el documento emitido por esta entidad respecto de la asesoría verbal, la suscripción de los formularios de afiliación con los distintos fondos privados, y la respuesta que le brindó ante la solicitud de retorno al RPMPD. Respecto a los demás hechos dijo que le constaban o que no constituían hechos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y enlistó en su defensa como medios exceptivos de fondo los que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”, ver folios 140 a 149.

**1.2.2. A.F.P. PORVENIR S.A.**

Se pronunció a través de su vocera judicial, aceptando el traslado de régimen pensional de la actora y su traslado a la AFP Protección. Frente a los demás supuestos de hecho expresó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, y “Buena fe”, ver fls.162 a 180.

 **1.2.3. A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

A través de su vocera judicial, aceptó la afiliación de la demandante al régimen de prima media y su posterior traslado al régimen de ahorro individual, su posterior afiliación a la AFP Protección. Frente a los demás expresó que no eran ciertos, no le constaban no constituyen supuestos fácticos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, y “Buena fe”, ver fls.199 a 216.

* + 1. **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**

Por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda en la que aceptó los hechos relativos a la suscripción del formulario de afiliación con la entidad y la respuesta brindada a través de la comunicación fechada el 9 de octubre de 2018. Respecto a los demás hechos indicó no ser ciertos, no constarle o no constituir un supuesto fáctico como tal. Se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la gestora de la litis, y en su defensa formuló como excepciones las mismas invocadas por su par procesal Porvenir S.A., ver folios 257 a 275.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 26 de septiembre de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto declaró la ineficacia del traslado que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 15 de septiembre de 1998 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a la AFP Protección, entidad a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y cuotas de administración a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a quien ordenó además aceptar sin dilaciones el traslado de la accionante sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las opositoras y condenó en costas procesales a Colfondos S.A. y a favor de la parte actora en un 100% 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 Colfondos, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, no demostró haber cumplido con el deber de informar a la accionante 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, sin que de la suscripción del formulario de afiliación y de la re-asesoría que le brindó Protección, se desprenda que recibió información suficiente, veraz y completa para efectuar el cambio de régimen pensional, y aunque en el interrogatorio que esta absolvió confesó haber recibido cierta información, lo cierto es que fue parcializada, y sólo contempló las ventajas del traslado de régimen.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo de decidido, la AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron el recurso de apelación.

La primera indicó en síntesis que su inconformidad radica en la orden de devolución de las cuotas de administración, puesto la entidad administró en forma juiciosa y responsable el dinero ahorrado en la cuenta por alrededor de 19 años, logrando obtener unos rendimientos o frutos superiores incluso al valor de las cotizaciones realizadas, por lo que considera que es apenas justo que esos gastos permanezcan en el patrimonio de su representada.

Colpensiones, por su parte, indicó que debe comparecer a este tipo de procesos a la espera de lo que resulte probado en el mismo, por lo que solicita se condene a Colfondos a pagar costas procesales a su favor.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, todas allegaron por escrito sus alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo previa las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

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

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado de consulta, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a *(i*) determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, *(ii)* dilucidar si al momento de traslado de régimen pensional a la actora se le suministró la información necesaria por parte del fondo de pensiones, para entender que el acto de traslado fue eficaz; En caso negativo, *(iii)* determinar si la migración del afiliado dentro del RAIS convalida el traslado inicial efectuado al interior del mismo; *(iv)* determinar si es procedente que la AFP Protección S.A., devuelva de su propio peculio los gastos de administración que cobró durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa entidad; y (v) determinar si es procedente la condena en costas a Colfondos S.A. en favor de Colpensiones. Ya en grado jurisdiccional de consulta se analizará si hay lugar a ordenar a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir 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 29 de mayo de 1959 (fl.24); (ii) que se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y que el 15 de septiembre de 1998 suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, trasladándose con ello al Régimen de Ahorro Individual (fl.276); (iii) que el 15 de julio de 1999 suscribió formulario de afiliación con Colpatria Pensiones y Cesantías la cual fue absorbida por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl.66); (iv) que el 1 de septiembre de 2000 se trasladó a la AFP Protección S.A., entidad en la cual permanece afiliada actualmente (fl.51); y (v) que al 7 de febrero de 2019 reportaba un total de 1.961,57 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones realizadas al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fl.222).

Conviene recordar que, para motivar su decisión, la A-quo adujo en síntesis que Colfondos S.A., entidad en quien recaía la carga de la prueba, no demostró haber proporcionado a la demandante una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria.

Revisado el material probatorio se encuentra que la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A., buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte de la demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan en los folios 276 a 280, consistentes en el formato de afiliación a la entidad, el historial de vinculaciones, la certificación de afiliación y traslado de aportes a la AFP Colmena hoy Protección y, el detalle histórico de pagos.

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 (a), que se le informó sobre las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se desprende una situación distinta, pues, 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 apenas 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).

Igual situación se predica respecto de las demás administradoras de fondo de pensiones demandadas - Protección S.A. y Porvenir S.A.- 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.

Acorde con lo hasta aquí expuesto, no es mucho lo que debe agregarse al fallo de primera grado, 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. COLFONDOS, a la demandante en el traslado que esta realizó el 15 de septiembre de 1998 -, **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** este punto del fallo.

.

Lo anterior, en suma conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja su cuenta de ahorro individual, esto es, PROTECCIÓN S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas las cotizaciones, con sus rendimientos, bonos pensionales, frutos e intereses, y gastos de administración, tal cual lo estimó la sentenciadora de primer grado.

Ratifica lo anterior, y en especial sobre los gastos de administración, los cuales son punto concreto de la apelación de PROTECCIÓN S.A., 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...”*

De modo que, el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido el fondo de pensiones por cuenta de la afiliación de la demandante, tiene como fundamento la conducta indebida de la entidad en la omisión al deber de información, cuya consecuencia genera la ineficacia del traslado, la cual priva de todo efecto el acto jurídico, debiendo entonces la administradora cubrir los deterioros sufridos por el bien administrado, con cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., tal como lo ha establecido firmemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral desde el proferimiento de la sentencia radicada 31989 de 2008. Tal postura, se hace extensiva incluso a las entidades administradoras de pensiones a las cuales la afiliada migró al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, cuyo cumplimiento al deber de información también se echó de menos dentro del presente asunto; razones por las que no tiene vocación de prosperidad el recurso de alzada de PROTECCIÓN SA., con el cual pretendió exornarse de la devolución de los gastos de administración con destino a Colpensiones.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, se hace necesario **MODIFICAR**  la sentencia en orden a complementar los rubros que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe remitir a Colpensiones, motivo por el que se le ordenará a dicho fondo que remita también las 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, y comisiones cobradas 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 también **ADICIONAR** la providencia, para ordenar a los demás fondos privados accionados: COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías S.A., y PORVENIR 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) y comisiones** 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)”.*

Finalmente, en relación la inconformidad de Colpensiones, encaminada a que se le haga partícipe de las costas procesales que le fueron impuestas a la AFP Colfondos S.A., en razón a que quedó obligada a asumir cualquier tipo de prestación económica que surja en favor de la demandante, la Sala dirá que tal solicitud es improcedente en la medida en que las costas procesales constituyen una erogación económica en la que incurre la parte a lo largo del proceso, en aras de sacar avante la posición que detenta en el juicio; y en el presente asunto, desde el inicio del proceso, la posición asumida por Colpensiones fue oponerse a la totalidad de las pretensiones de la gestora de la Litis, arguyendo fundamentalmente que el acto jurídico por medio del cual esta se trasladó al RAIS se hizo conforme a derecho.

Luego entonces, es precisamente esa conducta procesal la que impide que a su favor se generen costas, máxime que a pesar de haber resultado vencida en juicio, en los términos del artículo 365 del Código Procesal de Trabajo, la primera instancia se abstuvo de condenarla en costas debido a la apreciación que comparte esta Sala, según la cual los efectos adversos de la declaratoria de ineficacia no pueden ser extendidos a terceros, siendo ese precisamente el motivo por el cual se ordenó al fondo privado accionado, devolverle a Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, todos los rubros derivados de la afiliación de la actora, a efectos de que pueda responder por el financiamiento de cualquier prestación que a futuro se genere, a partir del momento en que le sean trasladados todos los recursos. Por ende, no prospera la apelación interpuesta por Colpensiones.

Con lo anterior, quedan resueltos en su integridad los puntos de inconformidad propuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Protección 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 2º de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ORDENAR A LA A.F.P PROTECCIÓN S.A.,** trasladar con destino a **COLPENSIONES** además de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos, frutos, intereses, gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales y otros), las sumas que retuvo para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**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. y Porvenir S.A., 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 Protección S.A. y en favor de la demandante.

Notifíquese y cúmplase,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto