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 / TRASLADO DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN / FUNDAMENTO.**

… 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.

… la orden de trasladar los gastos de administración al régimen de prima media no es una medida que dependa del éxito que se haya tenido o no en el manejo de los recursos, sino que es una consecuencia de la ineficacia, la cual, una vez constatada, hace inexistente la causa que valide la conservación de suma alguna por parte de una entidad que no estuvo llamada percibirla, con afectación de quien siempre debió tenerla a su disposición.

Luego, siendo plenamente conocedoras desde el inicio del proceso que lo pedido era la ineficacia del traslado, si alguna de las codemandadas consideraba que algo debía reconocerse en su beneficio por la gestión o los gastos en que pudieron incurrir como consecuencia de hechos de las que no son responsable, así han debido proponerlo y demostrarlo en las oportunidades correspondientes…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Luz Marina Restrepo Espinosa |
| Demandado: | Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. |
| Vinculado: | Porvenir S.A. |
| Radicación No. | 66001–31-05-001-2017-00286-01 |
| Juzgado origen: | Primero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **CONFIRMA Y ADICIONA** |

Registro del proyecto: primero (01) de octubre de 2020

Acta de discusión No. 144 del 06 de octubre de 2020

Pereira, Risaralda, nueve (9) de octubre 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 y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero 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**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida a través de Colfondos S.A. En consecuencia, solicita que se ordene a Colfondos S.A. que gire a Colpensiones el total de su cuenta individual y a esta entidad, a activar la afiliación y a recibir dichas sumas. Finalmente, reclama que se condene a ambas al pago de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones expuso que nació el 10 de agosto de 1958; que cotizó al régimen de prima media a través del ISS; que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años; que el 13 de febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; que para lograr el traslado esta entidad le manifestó que el ISS iba a desaparecer y que su mesada en el régimen de ahorro individual sería más alta, omitiendo informarle sobre las consecuencias de la desvinculación del régimen de prima media, las ventajas y desventajas del trámite y la diferencia en el monto de la pensión entre ambos regímenes.

Relató que el 01 de mayo de 2001 se trasladó a Protección S.A.; que al 29 de julio de 2005 tenía 776 semanas de cotizaciones; que se encuentra próxima a cumplir la edad de pensión; que en proyección realizada por este fondo se le informó que no cuenta con el capital suficiente para acceder a una pensión; que su mesada en el régimen de prima media sería de $1.687.539; que en atención a una petición radicada el 23 de mayo de 2017, mediante comunicación del 15 de junio de 2017, Colfondos S.A. le indicó que la información para el traslado *“es suministrada directamente en el momento de contacto con nuestros asesores comerciales quienes cuentan con material informativo y comparativo aprobado previamente, esta información la encuentra en la agenda que deben portar diariamente y utilizar en el momento de la asesoría al cliente”*; que el 27 de julio de 2015 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen; y que mediante oficio fechado el día siguiente, esta entidad se lo negó aduciendo faltarle 10 o menos años para adquirir el derecho a la pensión (fls. 308 a 272).

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda aceptando el traslado de régimen pensional a través de la entidad, la solicitud de información presentada por la actora el 23 de mayo de 2017 y la respuesta dada a la misma mediante comunicación del 15 de junio de 2017. Frente a los hechos restantes, señaló que no eran ciertos o que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones de la litis y en su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “pago”, “compensación”, “prescripción” y “buena fe” (fls.308 a 323).

**1.2.2. Porvenir S.A.**

Vinculado oficiosamente por el Juzgado, a través de apoderado judicial, respondió la demanda admitiendo el traslado entre regímenes realizado por la actora y negando o desconociendo los demás hechos del gestor.

Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de “eficacia de la afiliación a Colpatria y Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “prescripción”, “pago”, “compensación” y “buena fe” (fls. 324 a 339).

**1.2.3. Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**

Al pronunciarse sobre la rogativa a través de mandatorio judicial, con fundamento en la documental, calificó como ciertos los hechos relativos al cambio de régimen pensional efectuado por la actora a través del Colfondos S.A., la afiliación posterior a Protección S.A., la ausencia del capital necesario para acceder a una pensión en el RAIS, la solicitud elevada a Colfondos S.A. y la respuesta dada por la entidad a la misma, al igual de la respuesta negativa a la petición de afiliación al RPM. Los hechos restantes, los negó o dijo que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las que denominó “inexistencia de la obligación” y “prescripción” (fls. 340 a 346).

**1.2.3. Protección S.A.**

Al dar contestación a la demanda a través de profesional en derecho, indicó ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante; el trasladó entre regímenes que ella realizó; el cambio a posterior a esta entidad (a través de Santander, que luego fue ING, hoy Protección S.A.); y el cálculo de la pensión en el RAIS. En relación con los demás supuestos fácticos, apuntó que no eran ciertos o no le constaban.

En cuanto a las pretensiones expresó su oposición y como excepciones, presentó la dilatoria de “falta de integración del litis consorcio necesario” para que se vinculara a Porvenir S.A. y como perentorias las de “prescripción”, “validez y eficacia del traslado de régimen de ahorro individual”, “ausencia de causa para demandar” y “buena fe y confianza legítima” (fls. 70 a 92 y 348 a 351).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 20 de septiembre de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado en marzo de 1996 a través de Colfondos S.A. y la validez y vigencia de la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consecuentemente, por ser la entidad en la que se encuentra activa la afiliación, ordenó a Protección S.A. que traslade a Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta individual de la demandante, “*junto con los intereses, rendimientos financieros y los gastos de administración que se hayan generado durante el periodo que ella ha estado afiliada al RAIS”;* ordenó a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. que retornen a Colpensiones el valor de los gatos de administración que hubieren descontado a la demandante durante los tiempos que fue su afiliada; ordenó a Colpensiones que aceptare el traslado sin dilación; condenó en costas a Colfondos S.A. en favor de la demandante; y absolvió de la condena en costas a Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Para arribar a dichas determinaciones, en síntesis, la *a quo* argumentó que Colfondos S.A. no demostró que en la antesala de la afiliación de la señora Restrepo Espinosa, cumplió con el deber de informarla de manera clara, suficiente y oportuna, sobre las características y condiciones de acceso de cada uno de los regímenes pensionales, sus riesgos, diferencias e implicaciones, en especial, sobre la pérdida de los beneficios del régimen de transición pensional a que tenía derecho por la edad; los cuales son presupuesto para que la decisión pueda predicarse verdaderamente libre y voluntaria.

Como efecto de la ineficacia del traslado, valiéndose de la sentencia CSJ SL radicado número 56174 de 2019, indicó que los saldos de las cuentas de ahorro individual debían ser devueltos por parte de Protección S.A., junto con los gastos de administración, porque estos son necesarios para el reconocimiento de la prestación por parte de Colpensiones, debiendo proceder en igual sentido Porvenir S.A. y Colfondos S.A. por lo correspondiente al tiempo en que mantuvieron la afiliación.

Terminando, señaló que las costas procesales debían ser asumidas por Colfondos S.A. como responsable de los hechos que conducen a la declaratoria de la ineficacia del traslado y por lo mismo, absolvió de estas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones la apelaron solicitando que se revoque la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Como fundamento para que se revoque lo decidido **en torno a la ineficacia del traslado**, **Colfondos S.A.** postuló que el formulario de afiliación fue expedido con apego a la normatividad vigente para la época, que del examen conjunto del mismo y del interrogatorio de parte absuelto por la demandada, emerge que ella se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria, y que aunado a esto, la actora tuvo múltiples oportunidades de obtener información sobre los regímenes pensionales. **Protección S.A**., de manera similar, planteó que la activa al absolver el interrogatorio de parte confesó que Colfondos S.A. cumplió con el deber de información que le asistía para la época y **Colpensiones**, esbozó que las características sobre los regímenes pensionales están contenidas en la ley, que por lo mismo la demandante no puede excusarse en su desconocimiento, que el cumplimiento del deber de información debe verificarse teniendo en cuenta el grado de formación del potencial afiliado y que al contar la demandante con un alto grado de educación, el deber de información que le asiste al fondo es menor.

En lo que respecta a las razones para deprecar la revocatoria de la **devolución de las cuotas de administración**, **Colfondos S.A.** arguyó, de una parte, que la sentencia viola el principio de la congruencia porque la activa en ningún momento solicitó la devolución de las cuotas de administración y las facultades de fallar ultra y extra no pueden ser ejercidas de manera ilimitada, sin que existe petición o prueba sobre lo que se ordena, y de otra parte, porque la deducción de las cuotas de administración no es arbitraria sino que opera por en virtud de la ley, por el profesionalismo y cuidado con los cuales deben administrarse los recursos, garantizando una rentabilidad positiva, sin que sea de recibo que ahora deba devolverlas.

**Protección S.A.**, a su turno, esgrimió que debía considerarse que las cuotas de administración no se destinan exclusivamente al manejo de los recursos de la cuenta individual, sino también a retribuir la conservación de la información, el suministro de información al afiliado y al empleador, a los gastos de recaudo, al mantenimiento de la infraestructura y de personal, razón por la cual, resulta injusto que se le ordene retornar dichas sumas, especialmente cuando no aparece demostrado que haya realizado una administración deficiente de los recursos y por el contrario se aprecia que estos se capitalizaron con creces.

Y a su vez, **Porvenir S.A.** se reprochó que en la sentencia no se hubieran declarado probadas las “pago” y “compensación”, las cuales en su sentir habrían quedado demostradas, porque si el efecto de la ineficacia es volver las cosas al estado anterior como si nunca hubieren ocurrido, la activa no tiene derecho a los rendimientos generados por la administración que hizo de sus aportes y dado que los entregó, con ellos deben considerarse pagadas o compensadas las sumas correspondientes a las cuotas de administración.

Ahora, para debatir la **condena en costas**, **Colfondos S.A.** debatió ser injusto que se le condenara por este concepto, en la medida que su obligación es obrar conforme a la constitución y la ley; que la Ley 797 de 2003 prohíbe el cambio entre regímenes cuando al afiliado le falten 10 o menos años para pensionarse; y que *motu proprio* no podría declarar la ineficacia de la afiliación o del traslado.

Finalmente, en cuanto al segundo tópico de apelación invocado por **Colpensiones**, este es, la solicitud de que se ordene la indexación de las cuotas de administración que deben serle devueltas, se tiene que planteó que así lo ha lineado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos que no precisó.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, los sujetos procesales que integran las partes, allegaron sendos escritos de alegaciones, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos al interior de la Sala, por lo que se procede a resolver de fondo, previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

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

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a ***(i)*** determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, ***(ii)*** constatar si el material probatorio recopilado y en especial, el formulario de afiliación y el interrogatorio absuelto por la demandante acreditan el cumplimiento de la obligación atribuible a la administradora de pensiones con la que se dio el cambio de régimen pensional es decir si se trató de un traslado eficaz, ***(iii)*** si el traslado entre administradoras del RAIS sanea la deficiencia que se hubiera podido presentar y cuáles son los efectos de ello, en particular, ***(iv)*** qué valores deben ser puestos a disposición de Colpensiones, ***(v)*** cuál es la obligación de los fondos pensionales en relación con las sumas deducidas por conceptos de gastos de administración,***(vi)*** la procedencia de su devolución indexada a Colpensiones, ***(vii)*** los efectos en torno al régimen de transición y ***(viii)*** si Colfondos S.A. debe asumir las costas procesales.

**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 la sentencia citada 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 10 de agosto de 1958 (fl. 273); **(ii)** que estuvo afiliada al régimen de reparto, a través del ISS efectuando aportes desde el 25 de julio de 1977 hasta el 02 de julio de 1980 (fl. 53, CD) y a través de Cajanal desde el 10 de septiembre de 1992 al 04 de febrero de 1996 (fls. 296 a 299); **(iii)** que el 13 de febrero de 1996, suscribió solicitud de traslado al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. (fl. 15), que se hizo efectiva el 01 de marzo de 1996 (fl. 106); **(iv)** que el 11 de diciembre de 1998, rubricó formulario de afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir (fl. 250), que se hizo efectiva el 01 de febrero de 1999; **(v)** que el 11 de noviembre de 1999, firmó formato de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 251), que se hizo efectiva el 01 de enero de 2000 (fl. 106); que el 09 de marzo de 2001, suscribió formulario de vinculación a la AFP Santander, que luego pasó a ING, hoy Protección S.A.(fl. 107), con efectividad desde el 01 de mayo de 2001 (fl. 106); y que Colpensiones le negó a la demandante la solicitud traslado mediante comunicación del 28 de julio de 2015, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (fl. 23).

Para declarar **ineficaz** el traslado de régimen que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, la jueza A-quo adujo, en síntesis, que la Colfondos S.A., no demostró haber cumplido con el deber de información que la imponía la normatividad vigente para la época y que es exigencia indispensable para que la decisión del traslado se hubiere podido considerar libre y voluntaria.

El anterior planteamiento es discutido por la totalidad de la demandadas, quienes alegan el cumplimiento de la carga probatoria correspondiente; Colfondos S.A., porque así se inferiría de en conjunto del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la demandante; Protección S.A., porque lo mismo podría constatarse de éste último medio de prueba; y Colpensiones, porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, al tiempo que la AFP habría cumplido con el deber de informarle lo pertinente a la potencial afiliada, teniendo en cuenta su formación académica.

Empezando por los últimos de los anteriores reproches, en su orden, cumple acotar que el sistema general de seguridad social cuenta se encuentra regido por principios y reglas propias que, por ser especiales, prevalecen sobre disposiciones de otra naturaleza. Así, aunque es cierto que el artículo 9º del códice civil incluye una regla que limita la posibilidad de emplear la ignorancia de la ley como excusa para soslayar los efectos que consagra para determinados supuestos de hecho, este precepto no tiene efecto tiene en particular, pues como expuso, las normas sociales imponen a las administradoras de pensiones el deber de información y su cumplimiento es presupuesto indispensable para que el interesado pueda informarse a efectos de adoptar la decisión que resulte mas conveniente a sus intereses.

Aunado a esto, no puede perderse de vista que la normatividad del sistema general de pensiones cuenta con un lenguaje genuino y especializado que hace inviable entender su verdadero alcance a través una lectura abstracta de sus preceptos. De ahí, la necesidad y la trascendencia del rol atribuido a los fondos de pensiones, quienes como expertos en la materia, debe hacer comprensibles para el potencial afiliado las características de ambos regímenes, las condiciones de acceso a las prestaciones que cada uno de ellos contemplan y los efectos de la vinculación a uno o a otro, con mayor razón, cuando ello involucra la pérdida de beneficios como los de la transición pensional.

Igualmente cumple tener presente que las normas sociales no establecen situaciones o sujetos frente a los cuales las administradoras de pensiones estén relevadas del observar el deber de información o cumplirlo de manera parcial o un menor grado. De modo que, aunque es posible que en tratándose de consumidores del sistema con un alto grado de formación académica, la realización de dicho deber pueda tornarse más sencilla o expedita, debe comprender los mismos aspectos a los que se ha venido haciendo alusión, de manera que exista certeza sobre el mínimo de aspectos necesarios predicar la existencia de una decisión libre, consciente e informada.

En ese sentido, aunque la demandante durante el interrogatorio de parte mencionó que es economista industrial de profesión y cuenta con una especialización en control interno, tales circunstancias son inadmisibles como justificante del incumplimiento o el defectuoso cumplimiento del deber de información, pues además de lo acotado, ni si quiera se encuentra que dichos títulos académicos estén asociados de manera indubitable al estudio del sistema general de pensiones.

Zanjado lo precedente, a afectos de absolver los cuestionamientos presentados por **Protección S.A. y Colfondos S.A**., impera acotar que el asunto objeto de análisis en esta causa, corresponde el acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante mediante solicitud del 13 de febrero de 1996, que se hizo efectiva el 01 de marzo de esa misma anualidad; de suerte que, los hechos que interesan al proceso son los atinentes al mismo; el examen de los derechos, deberes y obligaciones que le asisten a las partes debe efectuarse de acuerdo con la normatividad vigente para esa época; y las situaciones acaecidas con posterioridad, no suplen las deficiencias que se hubieren podido presentar, ni sanean las irregularidades asociadas a las mismas.

Lo anterior, de un lado, para precisar que en el *sub examine* la información suministrada o obtenida por la demandante en momentos mas recientes, su permanencia en el RAIS o los cambios entre administradoras, bien sea por solicitud de la actora o por cesiones entre fondos, no son aspectos que merezcan la realización de mayores consideraciones, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la selección de un régimen pensional distinto por parte del afiliado.

De otra parte, porque con sujeción al marco normativo traído a colación, permite delimitar el alcance de la responsabilidad del fondo a través del cual se concretó el cambio de régimen pensional. De modo que, ocurrido este en el año de 1996 a través de Colfondos S.A., es factible pregonar sin vacilación que a esta le correspondía cumplir con el *deber de información* que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Ahora, analizado el caudal probatorio bajo estos parámetros, la Sala echa de menos elementos que permitan concluir que durante el traslado de la señora Luz Marina Restrepo Espinosa, la AFP Colfondos S.A. hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

Examinado el interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se encuentran manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como confesión de haber recibido la información a que estaba obligada Colfondos S.A. en la antesala del traslado de régimen pensional, por cuanto, preguntada sobre ello, relató que en 1996 un funcionario de la Contraloría Municipal la llamó para decirle que le enviaría a una asesora del fondo de pensiones para que se afiliara, que ella fue hasta su oficina, que diligenciaron el formulario y que simplemente lo firmó sin saber nada, porque, aunque lo hizo sin presiones, se sintió sin opciones porque Cajanal se estaba acabando y se decía que lo mismo pasaría con el Seguro Social. Asimismo, apuntó que lo poco que sabía sobre el sistema lo conoció después del traslado, negó que le hubieren informado que sus aportes irían a una cuenta individual, sobre la posibilidad de que sus ahorros hicieren parte de su masa sucesoral o sobre el régimen de transición.

De esta manera, considerando lo desfavorable para la parte demandante, a lo sumo puede decirse que su relato devela que suscribió el formulario de afiliación sin ser obligada o presionada; sin embargo, de ninguna manera cabe decir que previo a ello conoció al menos una de las particularidades de los regímenes pensionales, las condiciones de acceso a las prestaciones o los efectos del traslado.

Continuando, como el único documento relacionado con el acto de traslado que obra en el proceso es el formulario de afiliación, impera anotar que es evidente que lo consignado en mismo, visible a folio 15, no es mas que un formalismo del cual no es posible inferir hubiere existido algún tipo de asesoría para la trabajadora que la suscribió; pues este documento no evidencia algún tipo de información que pueda concluirse 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.

Agregando a lo anterior, 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, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Así las cosas, no existiendo en el plenario otros medios de prueba relacionados con el acto de traslado, la Sala comparte los argumentos utilizados por la A Quo, en aras a fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues como se dijo, basta la mera ausencia de información clara, precisa y completa al afiliado, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional. Situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso. Por ello no queda la menor duda que, en el sub lite, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la AFP Colfondos a la demandante en el traslado que esta realizó en 1996 -carga probatoria que como quedó visto era de la AFP- , la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la AFP Colfondos S.A., pese a no tener actualmente una afiliación vigente con la actora, con cargo a sus propios recursos, debe devolver a la administradora del régimen de prima media los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que Luz Marina Restrepo Espinosa estuvo afiliada a la entidad, en virtud de la solicitud suscrita el 13 de febrero de 1996 y que se hizo efectiva el 01 de marzo de esa misma anualidad.

De igual forma deberá proceder Porvenir S.A. frente a los mismos conceptos percibidos durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la AFP Colpatria mediante solicitud del 11 de diciembre de 1998, efectiva desde el 01 de febrero de 1999, entidad que absorbió, y durante el lapso en que estuvo afiliada directamente a Porvenir S.A., con solicitud del 11 de noviembre de 1999, efectiva a partir del 01 de enero de 2000.

Por ser la AFPen la que se encuentra afiliada actualmente la demandante, **Protección S.A.** deberá devolver a **Colpensiones,** los saldos de la cuenta individual recibidos con ocasión de los traslados entre fondos realizados por la señora Restrepo Espinosa**,** con sus respectivos rendimientos y además, los bonos pensionales, sumas adicionales y todas las cotizaciones percibidas directamente durante la vigencia de la afiliación del mismo a la entidad y a la AFP Santander, fusionada con la AFP ING (la cual absorbió), con sus rendimientos y los montos correspondientes destinados a gastos de administración, seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada.

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...”*

Ahora, atendiendo a las razones de impugnación propuestas por los fondos privados, no puede decirse que la orden de poner a disposición de **Colpensiones** el porcentaje correspondiente a gastos de administración desconozca el principio de congruencia, pues aunque es cierto que expresamente no se pidió, esta disposición no es más que un efecto ínsito de la ineficacia deprecada por la actora, quien claramente tiene el propósito de retornar al régimen de prima media y pensionarse bajo las condiciones del mismo; lo cual exige, inexorablemente, el traslado de la totalidad de las cotizaciones en la forma como se expuso.

En esa misma línea, se insiste que la orden de trasladar los gastos de administración al régimen de prima media no es una medida que dependa del éxito que se haya tenido o no en el manejo de los recursos, sino que es una consecuencia de la ineficacia, la cual, una vez constatada, hace inexistente la causa que valide la conservación de suma alguna por parte de una entidad que no estuvo llamada percibirla, con afectación de quien siempre debió tenerla a su disposición.

Luego, siendo plenamente conocedoras desde el inicio del proceso que lo pedido era la ineficacia del traslado, si alguna de las codemandadas consideraba que algo debía reconocerse en su beneficio por la gestión o los gastos en que pudieron incurrir como consecuencia de hechos de las que no son responsable, así han debido proponerlo y demostrarlo en las oportunidades correspondientes, y no pretender introducirlo tardíamente a través de un recurso desprovisto de pruebas que sustenten tales erogaciones.

De otra parte, no puede decirse que los rendimientos generados por los saldos mantenidos en la cuenta individual de la actora compensan o pagan las sumas correspondientes a los gastos de administración, primero, porque de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la distribución de las cotizaciones en ambos regímenes pensionales son disímiles y los saldos que ingresan a la cuenta individual para construir la pensión de vejez son inferiores en el RAIS, y segundo, porque aunque en un fondo común, puestos dichos recurso en el RPM, también están llamados a producir unos frutos que deben reconocerse como si la afiliación al RAIS nunca hubiere existido.

Conteste con lo explicado, en virtud de grado jurisdicción de consulta, debe mencionarse que si como efecto de la ineficacia se considera que la demandante siempre estuvo afiliada al régimen de prima media, tampoco pierde ninguno de los beneficios que este contempla, incluido el de transición pensional, al cual tiene derecho, en principio, hasta el 31 de julio de 2010, porque como se conoce del formato CLEBP de folio 296 y el documento de identidad de folio 273, para su empleador el sistema general de pensiones entró en vigencia el 01 de abril de 1994 y habiendo nacido el 10 de agosto de 1958, a esa fecha tenía 35 años, con los cuales acredita el requisito establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder a éste por la edad.

**Frente a las excepciones propuestas,** conforme a lo expuesto, ninguna tiene vocación de prosperidad y tampoco prospera a la excepción de “prescripción”, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo.

En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

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

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

Con base en lo anterior, como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se **ADICIONARÁ** la sentencia para dejar sin efectos los cambios entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, con son, el efectuado de Colfondos S.A. a la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.) mediante solicitud del 11 de diciembre de 1998, efectivo el 01 de febrero de 1999; la afiliación a Porvenir S.A. a través de solicitud del 11 de noviembre de 1999, efectiva el 01 de enero de 2000; y la afiliación a la AFP Santander, realizada con solicitud del 09 de marzo de 2001, efectiva al 01 de mayo de 2001 y cedida por fusión a la AFP ING, absorbida por Protección S.A.

En ese sentido, también se **ADICIONARÁ** la sentencia para ordenarlea **Colfondos S.A.** que con cargo sus propios recursos, traslade a **Colpensiones** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que Luz Marina Restrepo Espinosa estuvo afiliada a la entidad, en virtud de la solicitud suscrita el 13 de febrero de 1996 y que se hizo efectiva el 01 de marzo de esa misma anualidad.

De igual forma deberá proceder Porvenir S.A. frente a los mismos conceptos percibidos durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la AFP Colpatria mediante solicitud del 11 de diciembre de 1998, efectiva desde el 01 de febrero de 1999, al cual absorbió, y durante el lapso en que estuvo afiliada directamente a Porvenir S.A., con solicitud del 11 de noviembre de 1999, efectiva a partir del 01 de enero de 2000.

Asimismo, para ordenarle a **Protección S.A.** quele traslade a **Colpensiones** todas las cotizaciones, con sus rendimientos, 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 del demandante, incluyendo el lapso de vinculación con la **AFP Santander,** fusionada con la AFP ING (la cual absorbió), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

Como responsable del incumplimiento del deber de información que le imponían las normas vigentes para le época y que conducen a la declaratoria de la ineficacia, se encuentra acertada la condena en costas impuesta a Colfondos S.A. por la primera instancia.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad de la recurrente y resultas la totalidad de las pretensiones y medios exceptivos.

Las costas en esta instancia quedarán a cargo de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., por partes iguales, dada la no prosperidad de los recursos

**VI. 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: ADICIONAR** de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, en el sentido de **DEJAR SIN EFECTOS** los cambios entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad realizados por **LUZ MARINA RESTREPO ESPINOSA** de COLFONDOS S.A. a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) mediante solicitud del 11 de diciembre de 1998, efectivo el 01 de febrero de 1999; la afiliación a PORVENIR S.A. a través de solicitud del 11 de noviembre de 1999, efectiva el 01 de enero de 2000; y la afiliación a la AFP SANTANDER, realizada con solicitud del 09 de marzo de 2001, efectiva al 01 de mayo de 2001 y cedida por fusión a la AFP ING, absorbida por PROTECCIÓN S.A.; como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal cuarto de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el cual quedará así:

“**CUARTO: ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** los valores percibidos por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que **LUZ MARINA RESTREPO ESPINOSA** estuvo afiliada a la entidad, en virtud de la solicitud suscrita el 13 de febrero de 1996 y que se hizo efectiva el 01 de marzo de esa misma anualidad.

De igual forma deberá proceder la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** frente a los mismos conceptos percibidos durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la **AFP COLPATRIA** mediante solicitud del 11 de diciembre de 1998, efectiva desde el 01 de febrero de 1999, la cual absorbió, y durante el lapso en que estuvo afiliada directamente a **PORVENIR S.A.**, con solicitud del 11 de noviembre de 1999, efectiva a partir del 01 de enero de 2000.

Asimismo, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, con sus rendimientos, 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 del demandante, incluyendo el lapso de vinculación con la **AFP Santander,** fusionada con la AFP ING (la cual absorbió), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.”

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en lo demás.

**CUARTO:** **CONDENAR** en costas por esta instancia a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de la demandante.

La anterior decisión queda notificada en estados

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

Magistrada Magistrada

Aclara voto