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: | Carmen Cecilia Niño de Bareño |
| Demandado: | Colpensiones, Protección y Porvenir |
| Radicación No. | 66001–31-05-005-2018-00301-01 |
| Juzgado origen: | Quinto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **CONFIRMA Y ADICIONA** |

Registro del proyecto: veinticuatro (24) de septiembre de 2020

Acta de discusión No. 140A del 29 de septiembre de 2020

Pereira, Risaralda, cinco (5) 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 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto 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 nulidad del traslado de régimen pensional efectuado a través de la AFP ING, hoy PROTECCIÓN, al igual que la validez y vigencia de la afiliación a COLPENSIONES. Con base en ello, aspira que se le ordene a ésta última entidad que la reciba nuevamente como afiliada; que se condene a la AFP PORVENIR (entidad a la que está vinculada actualmente) a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido; y que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones expuso que el 14 de diciembre de 1983 se afilió al ISS (hoy COLPENSIONES); que el 29 de junio de 1995 se trasladó de régimen pensional a través de ING (hoy PROTECCIÓN); que durante el acto de traslado, el asesor de esta AFP le informó que debía hacerlo porque el ISS estaba próximo a desaparecer, que de no tener beneficiarios de ley en el régimen de prima media se perdería la pensión, que en el régimen de ahorro individual podría pensionarse a más temprana edad, con una mesada más alta, heredable hasta el quinto grado de consanguinidad o, de no querer pensionarse, podía solicitar la devolución del capital ahorrado; que en dicha oportunidad el fondo no le informó que la posibilidad de heredar la pensión únicamente operaba en la modalidad de retiro programado, que no se le hizo un comparativo de beneficios, consecuencias y proyecciones pensionales; y que no se le informó del plazo para retornar al régimen de prima media.

También relató que con base en esos mismos argumentos se trasladó a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, en diciembre de 1999; que posteriormente retornó a ING, en donde cotizó hasta el 30 de abril de 2003; y que el 28 de marzo de 2003 regresó a HORIZONTE.

Terminando, mencionó que en documento emitido por PORVENIR le fue informado que en su cuenta individual tiene $466.242.760; 1.880 semanas de cotizaciones al sistema de pensiones y que su mesada pensional a los 58 años sería de $1.899.900; que en el RPM su pensión sería de $3.541.000; que PORVENIR le informó no contar con soporte escrito de la asesoría brindada durante el acto de traslado porque fue verbal; y que 12 de junio de 2018, COLPENSIONES le negó el traslado a la entidad, por faltarle menos de 10 del cumplimiento de la edad mínima de pensión (fls. 3 a 31).

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. COLPENSIONES**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda manifestando que no le consta o no son ciertos ninguno de los hechos aducidos por el actor. Se opuso a las pretensiones de la litis y en su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “inexistencia de la obligación”, “prescripción”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “buena fe” e “imposibilidad de una condena en costas” (fls. 108 a 119).

**1.2.2. PORVENIR**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la afiliación del demandante al fondo en diciembre de 1999; la solicitud de afiliación que le presentó el 28 de marzo de 2003; el saldo de la cuenta individual y el número de semanas cotizadas al sistema de pensiones. Los hechos restantes los negó o dijo que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las que denominó “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por parte de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación a la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado” (fls.140 a 174).

**1.2.3. PROTECCIÓN**

Mediamente mandatario judicial, se pronunció sobre el gestor aceptando los hechos relativos a la solicitud de afiliación presentada a ING, hoy PROTECCIÓN, el 29 de junio de 1995 y el retorno posterior al fondo hasta el 30 de abril de 2003. Frente a los demás supuestos fácticos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos.

En cuanto a las pretensiones expresó su oposición y como excepciones perentorias presentó las de “prescripción”, “validez y eficacia de la selección del régimen de ahorro individual”, “imposibilidad de dejar las cosas en su estado anterior”, “buena fe y confianza legítima” y “compensación” (fls. 275 a 291).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que declaró la ineficacia del traslado que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad al 01 de julio de 1995, a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN. En consecuencia, por ser la AFP a la que actualmente el demandante se encuentra afiliado, condenó a PORVENIR a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, sumas adicionales con sus frutos e intereses; se ordenó a COLPENSIONES aceptar sin dilaciones el traslado de la demandante sin solución de continuidad; declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las opositoras y condenó en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN a favor de la parte actora en un 35% de las causadas.

Para arribar a esa determinación, argumentó que la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, no demostró que en la antesala de mutar de régimen pensional, hubiere cumplido con el deber de informar a la señora NIÑO DE BAREÑO, 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, para considerar que la decisión fue verdaderamente libre y voluntaria.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, PORVENIR y COLPENSIONES apelaron la sentencia en orden a que se revoque y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su inconformidad, PORVENIR argumentó que la afiliación es eficaz porque cumplió con el deber de información de acuerdo con la normativa vigente para la época. Mencionó que la demandante durante el interrogatorio aceptó haber suscrito la solicitud de traslado de régimen de manera libre y sin presiones, permaneciendo en el RAIS durante más de 15 años y siendo plenamente consciente de ello.

COLPENSIONES, entre tanto, postuló que, por no ser beneficiaria del régimen de transición pensional, a la demandante le incumbía demostrar el engaño o la deficiencia de la información suministrada por la AFP COLMENA y no lo hizo. En este sentido, del interrogatorio de parte que absolvió la activa, resaltó que ella reconoció conocer la Ley 100 de 1993 y algunas características del RAIS que, por resultarle convenientes, la motivaron a suscribir la solicitud de cambio de régimen y a trasladarse entre AFP. Concretamente, la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional, en relación con la cual reconoció saber que dependía de mejores rendimientos, los cuales persiguió con cada vinculación a las distintas administradoras a las que perteneció.

Terminando, esbozó que no tuvo participación en cambio de régimen pensional, ni en los cambios posteriores que la actora realizó entre AFP y que, por lo tanto, no tiene porqué asumir el pago de una mesada superior a la que le correspondería a ella en el RAIS y que, en caso no revocarse la decisión, además de los saldos de la cuenta individual, debían serle transferidos los intereses de dichos recursos y los gastos de administración.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, los sujetos procesales que integran las partes, a excepción de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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)*** establecer si para que opere la inversión de la carga de la prueba en favor de la afiliada, adquiere relevancia el hecho de que esta sea beneficiaria o no del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 ***(iii)*** establecer si el material probatorio recopilado permite concluir que la demandante recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos; ***(iv)*** si los cambios entre AFP legitiman la afiliación con la que se dió el traslado del RPM al RAIS; y ***(iv)*** cuáles son los efectos que conlleva la declaratoria de ineficacia, en particular, cuáles son los conceptos que deben ser trasladados a la administradora pensional correspondiente.

**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.*

**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 09 de abril de 1959 (fl. 32); (ii) que estando afiliada al régimen de prima media a través de CAJANAL, el 29 de junio de 1995 suscribió solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN (fl. 294), efectiva el 01 de julio de 1995 (fl. 178); que el 22 de octubre de 1999 rubricó solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 175), efectiva el 01 de diciembre de 1999 (fl. 178); que el 27 de noviembre de 2000 suscribió solicitud de afiliación a la AFP SANTANDER (fl. 334), hoy PROTECCIÓN, efectiva el 01 de enero de 2001 (fl. 178); que el 28 de marzo de 2003 suscribió formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR (fl. 176), efectiva el 01 de mayo de 2003; que al 22 de marzo de 2018 acreditaba 1880 semanas cotizadas en pensiones, de las cuales 1135 fueron aportadas en el RAIS y 745 en el RPM (fol. 182); y que COLPENSIONES le negó a la demandante la solicitud traslado mediante comunicación del 13 de junio de 2018, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (fl. 87).

Para declarar **ineficaz** el traslado de régimen que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, la juez A-quo adujo, en síntesis, que la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, no demostró haber cumplido con el deber de información que la imponía la normatividad vigente para la época, para que el demandante pudiera tomar una decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional.

En la alzada, COLPENSIONES de una parte postula que, por no pertenecer al régimen de transición, era la demandante a quien le correspondía probar que la AFP COLMENA incumplió con el deber de información y que ella no satisfizo esa carga probatoria; y por la otra, coincidiendo en lo fundamental con lo esgrimido por PORVENIR, alega que las probanzas y en especial el interrogatorio de parte, permiten verificar el cumplimiento de dicho fondo durante la mutación de régimen pensional.

En ese orden, siguiendo el recuento normativo y jurisprudencial evocado, de entrada es pertinente iterar que la pertenencia o la calidad de beneficiario del régimen de transición pensional no es un presupuesto que determine los deberes probatorios que le asisten a las partes en estos asuntos.

En efecto, la eficacia del traslado de régimen pensional es un aspecto que se analiza de manera independiente de si el afiliado tenía o no un beneficio transicional antes de la migración de régimen, en consideración a que su análisis debe hacerse desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las Administradoras de pensiones, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Como se explicó en la sentencia citada, es a la AFP a quien le compete acreditar el cumplimiento de los cánones de información frente a quienes tienen la intención de ser sus afiliados; regla de justicia que desarrolla los preceptos del artículo 167 del Código General del Proceso, dado que las pretensiones de la activa en esencia se sustentan en una negación indefinida que, como tal, está relevada de prueba; al tiempo que la entidad pensional se encuentra en mejor posición de probar que obró supeditada al ordenamiento, por la cercanía con la prueba, por la disponibilidad de recursos a su alcance y por su participación directa en los hechos.

Zanjado lo anterior, 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 29 de junio de 1995, con efectividad desde el 01 de julio de ese mismo año; 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.

De un lado, para precisar que en el *sub examine* la información suministrada al demandante en momentos más recientes, su permanencia o los cambios entre administradoras del RAIS, bien sea por solicitud de la actora o por cesiones entre fondos, no son aspectos 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 la 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 1995 a través de la AFP COLMENA, 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 al potencial afiliado 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 caudal probatorio bajo estos parámetros, la Sala echa de menos elementos que permitan concluir que durante el traslado de la señora CARMEN CECILIA NIÑO DE BAREÑO la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN) hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

Examinado el interrogatorio de parte absuelto por la accionante, no se encuentran manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP COLMENA en la antesala del traslado de régimen pensional, por cuanto, preguntada sobre ello, relató que fue visitada en su sitio de trabajo por una asesora del fondo que conoció primero como manicurista y luego como cajera del Banco Colmena, quien con calculadora en mano, le dio un estimativo de la pensión que tendría en la entidad, equivalente al 110% del salario, y le dijo que además podría pensionarse en un tiempo menor, que sus cotizaciones tendrían altísimos rendimientos que le permitirían alcanzar una mesada superior y que en cualquier momento podría solicitar la devolución de sus aportes en caso de no quererse pensionar, sin que se le dijera una sola de la posibles desventajas del RAIS, ni las ventajas del RPM.

De esta manera, considerando lo desfavorable para la parte demandante, a lo sumo puede decirse que su relato devela que fue informada escasamente sobre un par de características del régimen de capitalización, que no agotan las particularidades básicas del mismo y dejan por fuera aspectos tan importantes como cuáles eran las condiciones que debían cumplirse para alcanzar una mesada superior, la incidencia de la conformación del grupo familiar en el derecho pensional, la posibilidad de obtener rendimientos negativos, la relación de la expectativa pensional con el comportamiento de la economía y las ventajas del régimen al que pertenecía.

No se pasa por alto que cuando se le preguntó por el conocimiento que tenía sobre régimen de transición, la demandante reconoció saber de él porque leyó esa parte de la Ley 100 de 1993; sin embargo, además que del interrogatorio no es posible inferir cuándo alcanzó este conocimiento, no por ello puede decirse que conocía la Ley 100 de 1993 (como lo arguyó Colpensiones en la alzada) y mucho menos las especificidades de distinguen cada uno de los regímenes pensionales o que comprendía lo que en la realidad implican las condiciones que los caracterizan.

En suma, del interrogatorio de parte rendido por la promotora de la litis, no puede inferirse nada distinto a que ella acepta que la AFP COLMENA cumplió defectuosa o parcialmente el deber de información, pues acorde con sus respuestas, los aspectos dados a conocer por el demandado estuvieron dirigidos mostrarle algunas ventajas del RAIS, obviando otras características del mismo y las del RPM, en relación con el cual poco se le preguntó.

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 294, no es más 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. De dicho formulario y las afirmaciones allí contenidas a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, habida consideración de que no acredita que efectivamente el acto de traslado estuvo precedido de la ilustración suficiente al afiliado; que se le informó sobre las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias del traslado, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Así las cosas, no existiendo en el plenario otros medios de prueba relacionados con el acto de traslado, la Sala comparte los argumentos tomados 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 A.F.P. COLMENA a la demandante en el traslado que esta realizó en de junio de 1995 -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 PROTECCIÓN**, 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 CARMEN CECILIA NIÑO DE BAREÑO estuvo afiliada directamente en la entidad y a las **AFP COLMENA** y **SANTANDER**, ésta fusionada con **ING**, las cuales absorbió.

Por ser la AFPen la que se encuentra afiliado actualmente el demandante, **PORVENIR** deberá devolver a **COLPENSIONES,** los saldos de la cuenta individual recibidos con ocasión de los traslados entre fondos realizados por la señora NIÑO DE BAREÑO**,** 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 HORIZONTE (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...”*

**Frente a las excepciones propuestas,** no tienen vocación de prosperidad por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, o por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por la prescripción.

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)”.*

De otro lado, se **ADICIONARÁ** la sentencia, para ordenarle a **PROTECCIÓN** 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 CARMEN CECILIA NIÑO DE BAREÑO estuvo afiliada a la **AFP COLMENA** mediante solicitud del 29 de junio de 1995, efectiva el 01 de julio de 1995, y a la **AFP SANTANDER**, fusionada con **ING**, mediante solicitud del 27 de noviembre de 2000, efectiva el 01 de enero de 2001.

Asimismo, para ordenarle a **PORVENIR** 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 (mediante solicitud el 22 de octubre de 1999, efectiva 01 de diciembre de 1999), incluyendo el lapso de vinculación con la absorbida **AFP HORIZONTE** (solicitud del 28 de marzo de 2003, efectiva el 01 de mayo de 2003), 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.

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 PORVENIR, dada la no prosperidad del recurso.

**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: MODIFICAR** el ordinal segundo la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, el cual quedará así:

“**SEGUNDO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** que con cargo a sus propios recursos, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, todos los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias realizados en beneficio de la señora **CARMEN CECILIA NIÑO DE BAREÑO**, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que estuvo afiliada a la **AFP COLMENA** mediante solicitud del 29 de junio de 1995, efectiva el 01 de julio de 1995, y a la **AFP SANTANDER**, fusionada con **ING**, mediante solicitud del 27 de noviembre de 2000, efectiva el 01 de enero de 2001.

Asimismo, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** 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 de la demandante (mediante solicitud el 22 de octubre de 1999, efectiva 01 de diciembre de 1999) e incluyendo el lapso de vinculación con la absorbida **AFP HORIZONTE** (solicitud del 28 de marzo de 2003, efectiva el 01 de mayo de 2003), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados”

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

**TERCERO: CONDENAR** en costas por esta instancia a PORVENIR, 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