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 / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CONFESIÓN FICTA / VALORACIÓN PROBATORIA.**

… 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…”

… 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…”.

… la Sala deberá determinar en primer lugar si la operadora judicial de primera instancia erró al negar la ineficacia del traslado de régimen, al efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio, para lo cual se hace necesario acudir a lo lineado en sentencia CSJ SL, del 24 de abril de 2013, radicación 42192…:

“(…) conforme al principio de consonancia que contempla el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se encuentra circunscrita a las materias objeto del recurso, sin que, por tal motivo, se vea éste limitado por los argumentos que al respecto le presenten las partes, pues en la valoración de las pruebas y calificación jurídica de los hechos el juez es autónomo, estando sometido tan solo a la libre formación del convencimiento conforme a los principios científicos que informan la crítica de las pruebas, para lo primero, y a la ley, para lo segundo (…) .

Así pues, supeditada la colegiatura a la temática planteada y no a los pedimentos, razonamientos y alegaciones jurídicas y fácticas del apelante, ni a las del juzgado, la figura empleada por la jueza a quo invita a recordar, siquiera someramente, que el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que “si el demandante o el demandado, no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada” y como consecuencias procesales, si se trata del demandante, “se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito”; y si se trata del demandado, “se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión”…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Fabiola Gutiérrez Suarez  |
| Demandado: | Colpensiones y Protección  |
| Radicación No. | 66001–31-05-005-2017-00582-01 |
| Juzgado origen: | Quinto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **REVOCA Y CONCEDE** |

Registro del proyecto: doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 178 del 24 de noviembre de 2020

Pereira, Risaralda, treinta (30) de noviembre 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de fondos de pensiones **Protección S.A.**, así como la validez y vigencia de la afiliación a **Colpensiones**.Consecuentemente, solicita que se condena **Colpensiones** a recibirla nuevamente como su afiliada, y a **Protección S.A.** a liberarla de sus bases de datos y trasladar al régimen de prima media todos los valores recibidos con motivo de su vinculación a la entidad, tales como cotizaciones, frutos e intereses. Lo anterior, aunado a la condena en costas a ambas demandadas.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 21 de marzo de 1985; que en el mes de septiembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud a que asesores comerciales de Protección S.A. la visitaron a su lugar de trabajo ofreciéndole servicios pensionales, tales como una pensión más temprana edad, que su mesada pensional sería más alta, que podría heredarla hasta el quinto grado de consanguinidad, que de no querer pensionarse podría optar por la devolución de los saldos y que el ISS estaba próximo a desaparecer, omitiendo informarle que la posibilidad de heredar la pensión estaba condicionada a la elección de la modalidad de retiro programado, los beneficios, las consecuencias del traslado y en general, obtener un consentimiento informado.

Relató además que de conformidad con el historial emitido por el fondo privado accionado, reporta en su cuenta de ahorro individual una suma de $118´414.340 y un total de 1.330 semanas cotizadas; que Porvenir (sic) le informó de manera verbal que su mesada pensional al cumplimiento de 57 años, seria de otorgada a través de la figura de garantía mínima; que de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, su mesada pensional para aquel momento ascendería a la suma de $1´509.208; y que el 3 de noviembre de 2017 radicó derecho de petición ante Protección, del cual no obtuvo respuesta.

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. Colpensiones**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, contestó la demanda indicando que no le constan los hechos, por no ser imputables a ella debiéndose acreditar dentro del proceso. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que carecen de sustento fáctico y legal, en razón a que el acto por medio del cual se trasladó de régimen se hizo conforme a derecho. En su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas” (fls.60 a 71).

**1.2.2. AFP Protección S.A**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la vinculación de la demandante al RPMPD y su posterior traslado a la entidad. Frente a los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a las pretensiones aduciendo que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, con el lleno de los requisitos legales existentes al momento, Como excepciones formuló las que denominó “Validez de la afiliación a Protección e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Subsanación de una eventual nulidad relativa”, “Prescripción” y “Buena fe” (fls.92 a 111).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 10 de marzo de 2020, en la que declaró probadas las excepciones de validez de la afiliación a Protección S.A. e inexistencia de la obligación, formuladas por dicho fondo privado, y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas procesales a la demandante en un 100% de las causadas en favor de las demandadas.

Para arribar a esa determinación, la a-quo indicó que a las entidades administradoras de pensiones les corresponde la carga de probar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el Decreto 663 de 1993, artículo 12, el Decreto 720 de 1994, artículo 12 y los desarrollos jurisprudenciales logrados en la materia.

No obstante, la *a-quo* dio aplicación a la sanción procesal contenida en el numeral 1º del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en consideración a que la demandante no asistió a dicha audiencia, motivo por el cual declaró como presuntamente ciertos los hechos susceptibles de confesión aducidos por la AFP Protección S.A. en la contestación de la demanda, consistentes entre otros, en la debida información suficiente, veraz y fidedigna que los asesores de dicho fondo privado brindaron a la demandante respecto al régimen de ahorro individual, las características propias de dicho régimen, sus diferencias con el RPMPD, ilustrando sobre todos os aspectos y, las consecuencias de la migración de régimen pensional.

De lo anterior, previa advertencia de que la demandante no aportó ninguna prueba que desvirtuara la confesión ficta, coligió que la administradora de pensiones cumplió con el deber de información necesaria que le asistía, de acuerdo con la normatividad vigente al momento en que se dio el acto de traslado y por tal motivo, debían negarse las pretensiones de la demanda.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la entidad administradora de fondo de pensiones no aportó al proceso prueba alguna que diera cuenta de haber informado a la afiliada sobre las consecuencias del traslado, de manera cierta, transparente y veraz, según múltiples pronunciamientos del órgano de cierre de la especialidad laboral, cuyos apartes citó y trajo a colación. Indicó además que la carga de la prueba en este tipo de asuntos es de las AFP´S, de modo que, no es posible invertirla en disfavor de la parte activa, advirtiendo que no basta la simple afirmación del formulario para colegir que se brindó la debida información al usuario, pues es necesario que se acredite un debido asesoramiento, en los términos del Decreto 663 de 1993. Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones contenidas en la demanda.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, la parte actora y Colpensiones allegaron los 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, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a ***(i)*** determinar cuáles eran las obligaciones de la A.F.P Protección en materia de información frente al potencial afiliado (a), para el momento en que la demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ***(ii)*** establecer cuáles son los deberes probatorios que le asisten a las partes cuando está en discusión judicial la eficacia del traslado entre regímenes, ***(iii)*** determinar si la falladora de primera instancia erró al negar la ineficacia del traslado de régimen, por efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio, ***(v)*** constatar si el traslado de régimen realizado por la demandante fue o no eficaz y ***(vi)*** en caso de no serlo, cuáles son los efectos de ello.

**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 13 de noviembre de 1966 (fl.33 y 34); (ii) que estando afiliada al ISS (hoy Colpensiones), el 6 de julio de 1999 suscribió solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección (fl.38), efectiva a partir del 01 de septiembre de ese mismo año; y (iii) que al 13 de diciembre de 2017 contaba con 1.595,42 semanas de cotización al sistema de pensiones, de las cuales 663.71 fueron al régimen de prima media y 931.71 al régimen de ahorro individual (fl.39).

En este escenario, la sentenciadora de primer grado concluyó que el traslado de régimen que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación del 6 de julio de 1999 es eficaz, considerando para el efecto el indicio grave y la confesión ficta de algunos supuestos fácticos contenidos en la contestación de la demanda hecha por Protección, los cuales, a pesar de admitir prueba en contrario no habrían sido desvirtuados por la actora.

Esta decisión es cuestionada por la demandante, quien argumenta que Protección no cumplió con las obligaciones que le asistían de brindarle información cierta, completa y veraz que le permitiera tomar una decisión libre, espontanea y sin presiones, y conocer las consecuencias jurídicas del traslado de régimen.

Para resolver, la Sala deberá determinar en primer lugar si la operadora judicial de primera instancia erró al negar la ineficacia del traslado de régimen, al efectuar una aplicación equivocada de la institución de la confesión ficta y de los principios del derecho probatorio, para lo cual se hace necesario acudir a lo lineado en sentencia CSJ SL, del 24 de abril de 2013, radicación 42192, reiterada en sentencia SL16082 de 2015 y 2190 de 2019, en la que se preceptuó lo siguiente:

“(…) conforme al principio de consonancia que contempla el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se encuentra circunscrita a las materias objeto del recurso, sin que, por tal motivo, se vea éste limitado por los argumentos que al respecto le presenten las partes, pues en la valoración de las pruebas y calificación jurídica de los hechos el juez es autónomo, estando sometido tan solo a la libre formación del convencimiento conforme a los principios científicos que informan la crítica de las pruebas, para lo primero, y a la ley, para lo segundo (…) .

De modo que ni los razonamientos fácticos ni los jurídicos, constituyen limitaciones para el Tribunal a efectos de resolver la apelación, pues lo que le compromete del fallo de la primera instancia y de la impugnación, salvo razones de inescindibilidad o de orden superior como la protección de los derechos laborales mínimos legales o los ciertos e indiscutibles, son las materias que hubieren sido objeto del recurso.”

Así pues, supeditada la colegiatura a la temática planteada y no a los pedimentos, razonamientos y alegaciones jurídicas y fácticas del apelante, ni a las del juzgado, la figura empleada por la jueza *a quo* invita a recordar, siquiera someramente, que el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que *“si el demandante o el demandado, no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada”* y como consecuencias procesales, si se trata del demandante, *“se presumirán ciertos* ***los hechos susceptibles de confesión*** *contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito*”; y si se trata del demandado, *“se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión”*, y cuando los hechos no admitan confesión, la no comparecencia debe apreciarse como indicio grave en su contra.

En lo que interesa a esta causa, son entonces dos los aspectos que conviene resaltar de la norma en cita. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la aplicación de la sanción procesal en comento tiene como presupuesto la comparecencia de una de las partes a la audiencia y la inasistencia de la otra; de manera que, tanto cuando ambas asisten conjuntamente como cuando no lo hacen, la medida es improcedente.

En segundo lugar, debe destacarse que aquello sobre lo que opera la confesión ficta, es sobre hechossusceptibles de confesión. Esto significa, de una parte, que debe circunscribirse a acciones, omisiones o si se quiere a sucesos acaecidos en la realidad capaces de producir efectos jurídicos y no, a su calificación jurídica. Es al juez a quien le corresponde hacerla. “*La gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas.*” (CSJ SC Sentencia de 14 de abril de 1947)

De otra parte, es preciso indicar que los hechos que pueden presumirse ciertos, necesariamente deben reunir los requisitos de la confesión establecidos en el artículo 191 del Código General del proceso, a saber: (1) el confesante debe tener capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el hecho que resulte confesado, (2) los hechos deben ser adversos al confesante o favorables a la contraparte, (3) debe recaer sobre hechos cuya demostración no exija otro medio de prueba, (4) deber ser expresa consciente y libre, y (5) debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre los que tenga o deba tener conocimiento. Luego, como se regla en el inciso final del artículo en comento.

Así las cosas, siguiendo el orden de lo expuesto, observa la Sala que tal y como fueron mencionados en la sentencia, clausurada la etapa de conciliación, la jueza declaró como presuntamente ciertas las premisas postuladas por Protección en la contestación al hecho cuarto de la demanda, en el acápite de los hechos de la defensa; algunas de las cuales son hechos y otras que en verdad no lo son.

En el hecho cuarto de la demanda, la activa afirmó que:

“El agente comercial de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** indicó a la Señora **FABIOLA GUTIERREZ SUAREZ,** que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ese fondo ya que el régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, estaba próximo a desaparecer y sus aportes estarían en riesgo.”

En los términos de la contestación de la A.F.P. Protección, la jueza declaró como presuntamente cierto que:

“Protección, brindó a la demandante información cierta, veraz y fidedigna acerca de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias jurídicas derivadas del traslado. Con base en dicha información, la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, decidió vincularse a dicha AFP y trasladarse de régimen, tal y como lo hizo constar en el respectivo formulario de afiliación”.

Ora, la afirmación de que *“Protección, brindó a la demandante información cierta, veraz y fidedigna acerca de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias jurídicas derivadas del traslado*.*”* no es un hecho, sino un juicio de valor o una calificación de hechos que no se exponen, pues ni siquiera devela un razonamiento juicioso indicando las razones que motivan su hipótesis, de manera que no puede considerarse una genuina confesión ficta de hechos, pues nada se postuló como tal, siendo una mera enunciación de algo, que, como tal, deja abierta la posibilidad de que pasara o no de ese modo.

Luego entonces, al no ser hechos, sino calificaciones que, por comportar el objeto de la litis, le corresponden al juez y no a las partes, verificar a través de los distintos medios de prueba si lo actuado se apegó o no a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Continuando, presentados por Protección como *“HECHOS DE LA DEFENSA”,* la juzgadora de primera instancia declaró además como presuntamente cierto, primero, que no es cierto que el agente comercial no hubiese advertido que en caso de fallecimiento podrían heredar el capital ahorrado familiares de hasta el 5° grado de consanguinidad, solo si se encontraban en la modalidad de retiro programado y no de renta vitalicia; segundo, que la demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación a Protección S.A. el 6 de julio de 1999, como traslado de régimen; y segundo, que antes de cumplir la demandante los 47 años de edad, Protección S.A. se comunicó a los números telefónicos de la demandante suministrados a la entidad, sin que hubiere sido posible entablar conversación, debido a que se encontraban desactualizados.

Así las cosas, aunque estas afirmaciones pueden calificarse como hechos, lo cierto es que no guardan relación con el cumplimiento del deber de información que al que estaba obligado Protección en el acto de traslado, que es el verdadero objeto de la causa. De modo que, son insuficientes para predicar la eficacia del traslado del mismo.

Así las cosas, como se mencionó en el recuento normativo y jurisprudencial, para la época en que ocurrió el traslado de la demandante estaban en vigor los cánones de los artículos 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y diversas disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, al no menoscabo de los derechos laborales y a la autonomía personal, conforme a 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 y del régimen de transición pensional.

Empero, analizado caudal probatorio bajo estos parámetros, tal y como lo reconoció la representante legal de Protección durante el interrogatorio de parte rendido por cuenta de la vocera judicial que representa los intereses de la demandante, desconoce si el asesor comercial que brindó asesoría a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, le hizo el respectivo comparativo entre los regímenes pensionales existentes, si le enviaron algún tipo de comunicado para informarle sobre el periodo de gracia para retornar al RPMPD, si se le entregó algún folleto contentivo de información adicional sobre las diferencias existentes entre uno y otro régimen, sin que los documentos allegados a esta Corporación en atención al decreto de pruebas efectuado en primera instancia, consistentes en la hoja de vida de la asesora comercial, marquen diferencia alguna respecto a lo que en realidad fue lo informado a la señora Fabiola Gutiérrez Suárez, en tanto que, la única prueba que existe en relación con el acto de afiliación, corresponde al formulario suscrito por aquella.

Precisamente, 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 112, no es más que un formalismo del cual no es posible inferir que hubiere existido algún tipo de asesoría para la trabajador que lo 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, la simple firma del formulario, a lo sumo, acredita 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, visto que en lo declarado como confesión ficta no existen hechos de los que pueda colegirse que el traslado y no existiendo en el plenario otros medios de prueba relacionados con el acto de traslado, la Sala concluye que hay lugar a declarar la 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, 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. PROTECCIÓN a la demandante en el traslado que esta realizó el 6 de julio de 1999 cuando suscribió solicitud de vinculación a dicho fondo, con efectividad a partir del 01 de septiembre de ese mismo año, -carga probatoria que como quedó visto era de la AFP-.

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 de la demandante con Colpensiones**,** no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada PROTECCIÓN S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones los saldos de la cuenta individual, incluyendo los aportes, rendimientos, bonos pensionales, entre otros, y además los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y sumas retenidas para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, percibidas desde septiembre de 1999 a la fecha.

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,** la mismas no tienen vocación de prosperidad: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas las de *“inexistencia de la obligación”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”* y *“buena fe”* propuestas por Colpensiones, y las de *“validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”* y *“buena fe y confianza legítima”* formuladas por Protección.

La otra de *“prescripción”,* invocada por el fondo privado accionado, 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, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y se declarará la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por Fabiola Gutiérrez Suárez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Protección S.A., mediante solicitud del 6 de julio de 1999, efectiva a partir del 01 de septiembre de ese mismo año.

Asimismo, se declarará que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere estado afiliada al régimen de ahorro individual.

Consecuentemente, se ordenará a la AFP Protección S.A, que le traslade 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, 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.

Las costas por la primera instancia quedarán a cargo de Protección y en favor de la demandante, en un 100% de las causadas, en consideración a que es la responsable de los hechos que conducen a la declaración de la ineficacia y resultó vencida en juicio. De otro lado, dado que Colpensiones no tuvo participación en ello, se absolverá de la misma y por lo mismo se declarará probada la excepción de *“imposibilidad de condena en costas”.*

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

Sin costas en esta instancia, dada la 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: REVOCAR** la sentencia a sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **FABIOLA GUTIÉRREZ SUÁREZ** del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, mediante solicitud del 6 de julio de 1999, efectiva a partir del 01 de septiembre de esa misma anualidad.

**TERCERO: DECLARAR** que **FABIOLA GUTIÉRREZ SUÁREZ** se encuentra afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida a través de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere pertenecido al régimen de ahorro individual.

**CUARTO:** **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que le traslade 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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

**QUINTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** que procede a activar la afiliación de la señora **FABIOLA GUTIÉRREZ SUÁREZ** en la entidad y a recibir las sumas trasladas por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**SEXTO: DECLARAR** probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” propuesta por **COLPENSIONES.**

**SEPTIMO: DECLARAR** no probados los restantes medios exceptivos propuestos por **COLPENSIONES** y la totalidad de las excepciones invocadas **PROTECCIÓN S.A.**

**OCTAVO: CONDENAR** en costas de primera instancia a PROTECCIÓN S.A., en un cien por ciento (100%), en favor de la demandante.

**NOVENO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Salva voto