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: | Janeth Quiñonez Quintero  |
| Demandado: | Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. |
| Radicación:  | 66001-31-05-003-2018-00203-01 |
| Juzgado origen: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **CONFIRMA Y ADICIONA** |

Registro del proyecto: 29 de octubre de 2020

Acta de discusión No. 162 del 03 de noviembre de 2020

Pereira, Risaralda, nueve (09) 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 los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

(…)

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

**SENTENCIA**

**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 Porvenir S.A., la nulidad de la afiliación posterior a Protección S.A. y la validez y vigencia de la afiliación a Colpensiones. Consecuentemente, solicita que se condena Colpensiones a recibirla y a Protección S.A. a liberarlo de sus bases de datos y a 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 las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que se afilió al régimen de reparto el 14 de septiembre de 1999 a través del ISS; que en el mes de octubre de 1999 solicitó afiliarse a Porvenir S.A.; y que la solicitud del traslado estuvo precedida de la vista de un asesor de la entidad, quien le indicó que de afiliarse podría pensionarse a 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 los beneficios, las consecuencias del traslado, que la posibilidad de heredar la pensión estaba condicionada a la elección de la modalidad de retiro programado y en general, obtener un consentimiento informado.

Igualmente, mencionó que bajo los mismos argumentos se trasladó a Protección S.A. en enero de 2002; que en diciembre de 2004 solicitó retornar a Porvenir S.A.; que en comunicación del 27 de febrero de 2018, Porvenir S.A. le informó que contaba con un saldo de $274.222.204 en su cuenta de ahorro individual y 935 semanas de cotizaciones, que su mesada en el RAIS sería de $1.062.600 a los 57 años, que en el RPM sería de $5.307.700; y que el 09 de abril de 2018, Colpensiones le negó la afiliación por encontrarse a 10 o menos años del requisito para pensionarse (fl. 3 a 30)

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. Colpensiones**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda aceptando la afiliación a la entidad y la negativa a la solicitud de afiliación del 09 de abril de 2018. Frente a los hechos restantes, señaló que no eran ciertos o que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones de la litis y en su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “inexistencia de la obligación demandada” y “prescripción” (fls. 118 a 125).

**1.2.2. Protección S.A.**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda admitiendo el traslado de la actora a Porvenir S.A. en diciembre de 2004 y negando o desconociendo los demás hechos del gestor.

Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de “prescripción”, “validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “validez y eficacia de la afiliación con Protección S.A.” “buena fe y confianza legítima” y “pago” (fls. 147 a 162).

**1.2.3. Porvenir S.A.**

Al dar contestación a la demanda a través de profesional en derecho, indicó ser cierta el retorno de la demandante a la entidad en el año 2004 y lo informado en la comunicación del 27 de febrero de 2018. En relación con los demás supuestos fácticos, apuntó que no eran ciertos o no le constaban.

En cuanto a las pretensiones expresó su oposición y como excepciones, presentó la dilatoria de “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 pasiva de mi representada”, “inexistencia 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 de la estabilidad financiera del sistema” (fls. 222 a 259).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 04 de septiembre de 2019, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por la demandante el 13 de septiembre de 1999 a través de Porvenir S.A.; la declaró válidamente afiliada el régimen de prima media; le ordenó a Porvenir S.A. que procediera a trasladar a Colpensiones el saldo que existiere en su cuenta individual con la información sobre los aportes correspondientes; le ordenó a Colpensiones que habilitara la afiliación y una vez recibiera la información procedente de Porvenir S.A. actualizara la historia laboral de la actora; declaró no probas las excepciones formuladas por la demandadas; condenó en costas a Porvenir S.A. en un 100% y exoneró de las mismas a Protección S.A. y a Colpensiones.

Para arribar a esas determinaciones, la *a quo* argumentó, en síntesis, que el traslado de régimen pensional realizado por la actora fue ineficaz porque Porvenir no demostró haber cumplido con el deber de informar al accionante de manera clara, comprensible y suficiente sobre las características de ambos regímenes, sus condiciones de acceso a las prestaciones y los efectos de ello, de modo que ella pudiere otorgar su consentimiento de manera consciente y libre.

Finalmente, señaló que la acción para reclamar la ineficacia es imprescriptible e impuso las costas a cargo de Porvenir S.A. como responsable de los hechos que condujeron a la ineficacia del traslado y absolvió a Protección y a Colpensiones de las mismas por no haber participado de ellos.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, Colpensiones y Porvenir S.A. apelaron la sentencia, en orden a que se revoque decisión y en su lugar se reconozca la eficacia del traslado de régimen pensional.

Como fundamento de la alzada, Porvenir adujo que demostró haber cumplido con el deber de información de acuerdo con las exigencias normativas vigentes para la época del traslado (1999); que la actora es profesional en derecho y por ello debe asumirse que conocía las características de los regímenes pensionales; que debía considerarse que ella permaneció afiliada al RAIS durante más de 20 años; que se trasladó entre administradoras dentro del RAIS; que no tenía forma de prever cuál iba a ser el monto de la mesada pensional que obtendría la actora; y que el resultado económico no le resta eficacia al traslado entre regímenes.

Colpensiones, por su parte, arguyó que la demandante nunca estuvo afiliada a la entidad y que la Ley 797 de 2003 prohíbe el traslado que ella solicita.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, Colpensiones, Porvenir S.A. y la demandante, 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 le asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, ***(ii)*** establecer cuál era el alcance del deber de información que le asistía a las administradoras de pensiones en el momento en que la actora efectuó el traslado de régimen pensional; ***(iii)*** constatar si el material probatorio recopilado acredita el cumplimiento de la obligación atribuible a la administradora de pensiones con la que se dio el cambio de régimen pensional; (***iv)*** clarificar si este acto fue o no eficaz, y en caso de no serlo,***(v)*** si el traslado entre administradoras del RAIS convalida la ineficacia, cuáles son los efectos de ello, y en particular, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta,  ***(v)*** qué valores deben ser puestos a disposición de Colpensiones y ***(vi)*** cuál es la obligación de los fondos pensionales en relación con las sumas deducidas por conceptos de gastos de administración.

 **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 06 de junio de 1960 (fl. 31); **(ii)** que 13 de septiembre de 1999 suscribió solicitud de traslado de régimen de Cajanal a Porvenir S.A. (fl. 260), efectivo el 01 de noviembre de 1999 (fl. 266); **(iii)** que el 10 de mayo de 2001 solicitó afiliación a la AFP Horizonte (fl. 261), que se hizo efectivo el 01 de julio de ese mismo año (fl. 266); que el 26 de diciembre de 2001, nuevamente realizó solicitud de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 262), que se efectivizó el 01 de febrero de 2002 (fl. 266); que el 18 de junio de 2003 presentó solicitud de afiliación a la AFP Santander (fl. 263), con efectividad al 01 de agosto de 2003 (fl. 266); que el 22 de octubre de 2004 firmó formulario de afiliación a la AFP Horizonte (fl. 264), que se hizo efectiva el 01 de diciembre de 2004 (fl. 266); que la afiliación se trasladó a Porvenir S.A. el 01 de enero de 2014 por fusión con la AFP Horizonte (fl. 266); y que Colpensiones le negó la solicitud de afiliación el 09 de abril de 2018 (fl. 65).

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

Planteamiento que es discutido por Porvenir S.A., quien alega el cumplimiento de la carga probatoria correspondiente de acuerdo con la normativa vigente para la época de traslado; que no hubo engaño porque al momento de la afiliación no tenía forma de prever la mesada pensional que obtendría la actora; y que debe considerarse que la demandante es profesional en derecho y permaneció en el RAIS duramente más de 20 años, en donde se trasladó entre administradoras.

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

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

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

En ese sentido, aunque la demandante durante el interrogatorio de parte mencionó que es abogada y se desempeña como juez civil municipal, tales circunstancias son inadmisibles como justificante del incumplimiento o el defectuoso cumplimiento del deber de información, pues además de lo acotado, ni si quiera se encuentra que dicha área del derecho esté asociada de manera indubitable al estudio del sistema general de pensiones.

Zanjado lo precedente, a afectos de absolver los demás cuestionamientos, impera acotar que el asunto objeto de análisis en esta causa, corresponde el acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante mediante solicitud del 13 de septiembre de 1999, que se hizo efectiva el 01 de noviembre de esa misma anualidad; de suerte que, los hechos que interesan al proceso son los atinentes al mismo; el examen de los derechos, deberes y obligaciones que le asisten a las partes debe efectuarse de acuerdo con la normatividad vigente para esa época; y las situaciones acaecidas con posterioridad, no suplen las deficiencias que se hubieren podido presentar, ni sanean las irregularidades asociadas a las mismas.

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

De otra parte, porque con sujeción al marco normativo traído a colación, permite delimitar el alcance de la responsabilidad del fondo a través del cual se concretó el cambio de régimen pensional. De modo que, ocurrido este en el año de 1999 a través de Porvenir S.A., es factible pregonar sin vacilación que a esta le correspondía cumplir con el *deber de información* que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Ahora, analizado caudal probatorio bajo estos parámetros, la Sala echa de menos elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la señora Janeth Quiñonez Quintero, la AFP Porvenir S.A. hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

Examinado el interrogatorio de parte absuelto por la señora Quiñonez Quintero no se encuentran manifestaciones que conjunta o individualmente pueda calificarse como confesión de haber recibido la información a que estaba obligada Porvenir S.A. en la antesala del traslado de régimen pensional; por cuanto, preguntada sobre ello, relató que en 1999 se desempeñaba como juez civil, que no conocía la diferencia entre regímenes pensionales, que la asesoría que recibió duró aproximadamente 20 minutos, que se trasladó voluntariamente porque Cajanal estaba en una crisis y en el RAIS le ofrecieron una mejor rentabilidad, una pensión superior y la posibilidad entre escoger pensionarse o solicitar la devolución de lo ahorrado, sin que nunca le informaran cuáles eran las diferencias para pensionarse entre uno y otro régimen, la posibilidad de realizar aportes voluntario, lo que es un bono pensional o lo que significan los extractos que le remitían periódicamente.

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

Continuando, como el único documento relacionado con el acto de traslado que obra en el proceso es el formulario de afiliación, impera anotar que es evidente que lo consignado en mismo, visible a folio 260, no es mas que un formalismo del cual no es posible inferir hubiere existido algún tipo de asesoría para la trabajadora que la suscribió; pues este documento no evidencia algún tipo de información que pueda concluirse clara, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar al fondo privado accionado.

Agregando a lo anterior, como se dijo, la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, 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 utilizados por la A Quo, en aras a fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues como se dijo, basta la mera ausencia de información clara, precisa y completa al afiliado, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional. Situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso. Por ello no queda la menor duda que, en el sub lite, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la AFP Porvenir S.A. a la demandante en el traslado que esta realizó en 1999 -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.

En este punto, atendiendo a los motivos de inconformidad expresados por Colpensiones, es necesario anotar que ninguna incidencia tienen la limitación temporal para el traslado entre regímenes que impone la Ley 797 de 2003, pues aquella solo opera cuando el afiliado pretende efectuar un cambio de régimen pensional y no, en casos como este, en el que se discute de un traslado precedente.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que debería considerarse vigente y activa la afiliación de la demandante a Cajanal, por ser la entidad a la que pertenecía antes de trasladarse al régimen de individual; sin embargo, como en virtud del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, todos sus afiliados fueron traslados al régimen de prima media administrado por ISS, quien a su vez fue reemplazado por Colpensiones, es esta entidad a continuar con la afiliación de la actora como si nunca hubiere sufrido alteración alguna, con independencia de que con anterioridad no hubiere pertenecido a la misma.

Igualmente, pese a no tener actualmente una afiliación vigente con la actora, con cargo a sus propios recursos, Protección S.A. 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 Janeth Quiñonez Quintero estuvo afiliada a la AFP Santander, fusionada con la AFP ING, la cual absorbió (fl. 43).

Por ser la AFPen la que se encuentra afiliada actualmente la demandante, **Porvenir S.A.** deberá devolver a **Colpensiones,** los saldos de la cuenta individual recibidos con ocasión de los traslados entre fondos realizados por la señora Quiñonez Quintero**,** 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, fl. 66), 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,** conforme a lo expuesto, ninguna tiene vocación de prosperidad y tampoco prospera a la excepción de “prescripción”, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo.

En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

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

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

Con base en lo anterior, como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se **ADICIONARÁ** la sentencia para dejar sin efectos los cambios entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, con son, el efectuado a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A) mediante solicitud del 10 de mayo de 2001, efectivo el 01 de julio de ese mismo año; la afiliación a Porvenir S.A. realizada mediante de solicitud del 26 de diciembre de 2001, que se efectivizó el 01 de febrero de 2002; la vinculación a la AFP Santander (hoy Protección S.A.) realizada mediante solicitud del 18 de junio de 2003, efectiva al 01 de agosto de 2003; y la afiliación realizada a la AFP Horizonte el 22 de octubre de 2004, efectiva el 01 de diciembre de 2004, cedida por fusión a Porvenir S.A. a partir del 01 de enero de 2014.

En ese sentido, también se **ADICIONARÁ** la sentencia para ordenarle a **Protección S.A.** que con cargo sus propios recursos, traslade a **Colpensiones** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que Janeth Quiñonez Quintero estuvo afiliada a la entidad, en virtud de la solicitud suscrita el 18 de junio de 2003 y que se hizo efectiva el 01 de agosto de esa misma anualidad

Asimismo, para ordenarle a **Porvenir S.A.** que le traslade a **Colpensiones** todas las cotizaciones, con sus rendimientos, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación del demandante, incluyendo el lapso de vinculación con la **AFP Horizonte,** (la cual absorbió), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

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 S.A., por resultar vencida en juicio.

**VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia el 04 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad para **DEJAR SIN EFECTOS** los cambios entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad realizados por **JANETH QUIÑONEZ QUINTERO** de Porvenir S.A. a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A) mediante solicitud del 10 de mayo de 2001, efectivo el 01 de julio de ese mismo año; la afiliación a Porvenir S.A. realizada mediante de solicitud del 26 de diciembre de 2001, que se efectivizó el 01 de febrero de 2002; la vinculación a la AFP Santander (hoy Protección S.A.) realizada mediante solicitud del 18 de junio de 2003, efectiva al 01 de agosto de 2003; y la afiliación realizada a la AFP Horizonte el 22 de octubre de 2004, efectiva el 01 de diciembre de 2004, cedida por fusión a Porvenir S.A. a partir del 01 de enero de 2014.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia de fecha y origen conocidos, el cual quedará así:

“**CUARTO: 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 **JANETH QUIÑONEZ QUINTERO**, 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 entidad, en virtud de la solicitud suscrita el 18 de junio de 2003 y que se hizo efectiva el 01 de agosto de esa misma anualidad, a través de la AFP Santander, fusionada con la AFP ING, la cual absorbió.

Asimismo, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, con sus rendimientos, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) y las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, incluyendo el lapso de vinculación con la **AFP Horizonte** (la cual absorbió), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

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

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

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto