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 / NO INCIDE SI HAY PÉRDIDA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN O NO / 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”.

… indistintamente de si el traslado de régimen pensional ha acarreado para el afiliado la pérdida del régimen de transición, esta circunstancia no es un prerrequisito para la prosperidad de la súplica de ineficacia, si se tiene en cuenta que en múltiples pronunciamientos el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado 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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Nelly Cañón Giraldo |
| Demandado: | Porvenir S.A., Colpensiones y Old Mutual |
| Radicación No. | 66001–31-05-003-2018-00050-01 |
| Juzgado origen: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia del 11 de Agosto de 2020 |
| Decisión: | MODIFICA |

Registro del proyecto: treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 106 A de 04 de agosto de 2020

Pereira, Risaralda, diez (10) de agosto 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, OLGA LUCÌA HOYOS SEPÚLVEDA** a resolver **el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, así como el grado jurisdiccional de **Consulta,** dentro del proceso ordinario laboral promovido por  **NELLY CAÑON GIRALDO** contra la  **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y **LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**  **S.A. Y OLD MUTUAL S.A.**

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES** 
   1. **Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 12 de julio del año 2000 a través de la AFP Porvenir S.A., y así mismo, el traslado efectuado con posterioridad a la Administradora de Pensiones y Cesantías Skandia hoy Old Mutual, y con base en ello, aspira que se le ordene a estas entidades privadas a devolver con destino a Colpensiones todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, y a Colpensiones a recibir dichos dineros y a mantener vigente la afiliación; y finalmente, que se condene a la parte pasiva a pagar las costas del proceso a su favor.

Como sustento de sus pretensiones expuso que en el mes de agosto de 1985 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales –I.S.S.; que el 12 de julio del 2000 los asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de las dependencias de la entidad para la que laboraba “Productores de Envases Farmacéuticos S.A.S.” y le informaron que de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría pensionarse a más temprana edad y recibir una pensión más alta de la que le sería otorgada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que en caso de no tener herederos el capital ahorrado podía ser reclamado por herederos de hasta el quinto grado de consanguinidad y, que de no querer reclamar la pensión podría solicitar la devolución del capital ahorrado en su cuenta más el bono pensional; que por tal motivo accedió a trasladarse en esa fecha.

Afirmó que no se le suministró el consentimiento informado, los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco que podría retornar al Régimen de Prima Media. Que el 20 de septiembre de 2010 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Skandia hoy Old Mutual; que según documento emitido el 4 de enero de 2018 por esta entidad, a esa fecha reúne un total de $149`098.017 en su cuenta de ahorro individual y un total de 1545 semanas cotizadas al sistema pensional, por lo que tendría derecho a la edad de 57 años a una mesada pensional equivalente a $916.000, mientras que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media sería de $4`027.111.

Refiere que el 20 de diciembre de 2017, la AFP Porvenir le indicó que la información que le fue brindada al momento del traslado se hizo de manera verbal; que en términos simulares se pronunció la AFP Old Mutual mediante oficio del 4 de enero de 2018; que ante la solicitud de traslado que efectuó ante Colpensiones para retornar al RPMPD, se le indicó que no es procedente por cuanto se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. COLPENSIONES.**

Dentro del término de ley, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contestó a través de su portavoz judicial, aceptando la fecha de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación, su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, la respuesta desfavorable a la solicitud de retorno. Respecto a los demás hechos dijo que le constaban o que únicamente comprometen a la demandante. Se opuso a las pretensiones de la Litis, enlistando en su defensa como medios exceptivos los que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, y “Prescripción”, ver fls.84 a 91.

**1.2.2. A.F.P. OLD MUTUAL S.A.**

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual S.A., al dar respuesta a través de apoderado judicial, aceptó la afiliación de la demandante a dicho régimen y, las cotizaciones efectuadas hasta la fecha en esa entidad, Frente a los demás supuestos expresó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las que denominó “Validez de la afiliación a Old Mutual e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, y “Buena fe”, ver fls.125 a 143.

**1.2.3. A.F.P. PORVENIR S.A.**

A su turno, a través de apoderado judicial, aceptó la fecha de traslado de régimen pensional y la respuesta dada al requerimiento de la demandante. Frente a los demás supuestos expresó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y en su defensa formuló como excepciones de mérito las que denominó “Prescripción”, “Compensación”, “Buena fe”, “Exoneración 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”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, ver fls.200 a 234.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 7 de mayo de 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 12 de julio de 2000 a través de la afiliación inicial a la A.F.P Porvenir S.A., y en consecuencia, le ordenó a la A.F.P Old Mutual S.A. entidad a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, que proceda a trasladar con destino a Colpensiones todos los saldos que existan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, haciendo un detalle pormenorizado de las cotizaciones en tiempo e ingreso base de cotización que se realizaron. Y a Colpensiones a que proceda a habilitar la afiliación de la demandante, actualizando su historia laboral una vez reciba todos los saldos de parte del fondo privado. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A., en un 100% de las causadas.

Para arribar a esa determinación, la A-quo empezó haciendo un recuento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para lo cual se apoyó en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que en estos asuntos no es posible plantear la nulidad del traslado de régimen pensional, dado que el traslado obedeció a un acto de voluntad, libre de vicios en el consentimiento.

Seguidamente explicó que, la carga de la prueba en este tipo de asuntos corresponde a las entidades administradoras de pensiones, quienes están obligadas a acreditar que brindaron al afiliado la información suficiente, veraz, completa y precisa para efectuar el cambio de régimen pensional. Al descender al acervo probatorio echó de menos el cumplimiento de dicho deber por parte de las AFP´S accionadas, al considerar que el formulario de afiliación que aportaron solo refleja que la demandante aceptó la invitación de afiliarse a determinado fondo, sin que puedan tener connotación diferenciada del cumplimiento al deber de información y asesoría que corresponde.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpuso el recurso de apelación, indicando en síntesis que la entidad brindó a la demandante la información que para la época del traslado era la normativamente exigible, por ende, no puede endilgársele responsabilidad alguna por la inclusión y regulación posterior. Adujo que de los hechos de la demanda y de las manifestaciones entregadas por la demandante en el interrogatorio de parte, era dable concluir que recibió información sobre las características propias del Régimen de Ahorro Individual, lo cual se refuerza con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas o en su defecto se le exonere del pago de las costas procesales, en razón a que actuó conforme a derecho y la demandante, a la fecha, se encuentra afiliada en otra administradora de pensiones.

De otro lado, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que la sentencia fue adversa al ente territorial accionado, se desatará el grado jurisdiccional de Consulta, tal cual se anunció en el auto que admitió el recurso de apelación

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, la entidad recurrente guardó silencio, al paso que, tanto la parte activa como las demás entidades que integran la parte pasiva, esto es, Colpensiones y Old Mutual S.A. allegaron por escrito sus alegatos de conclusión, los cuales reflejan los puntos debatidos al interior de la Sala, por lo que se procede a decidir de fondo previa las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

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

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar **(i)** determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, **(ii)** establecer si para el momento en que la actora efectuó el traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado determinada información, **(iii)** establecer si el material probatorio recopilado permite concluir que la demandante recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos, tanto para el traslado entre regímenes como entre distintos fondos privados y finalmente **(iv)** si es procedente exonerar del pago de costas procesales a la AFP Porvenir S.A.

**5.3.** **Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. **31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011**. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que **(i) la vía adecuada** sí es la de la ineficacia y del otro, **(ii)** cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en ésta quedó dicho:

*“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Etapa acumulativa*** | ***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información*** | ***Contenido mínimo y alcance del deber de información*** |
| *Deber de información* | *Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993*  *Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*  *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal* | *Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales* |
| *Deber de información, asesoría y buen consejo* | *Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009*  *Decreto 2241 de 2010* | *Implica el análisis previo, calificado y global  de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle* |
| *Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.* | *Ley 1748 de 2014*  *Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015*  *Circular Externa n. 016 de 2016* | *Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.* |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*

*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, que a las enunciadas se suman dentro de las cuales se encuentran 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**, en la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838 la Corte dijo:

***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:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*

*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:

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.*

*…*

*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 además que, indistintamente de si el traslado de régimen pensional ha acarreado para el afiliado la pérdida del régimen de transición, esta circunstancia no es un prerrequisito para la prosperidad de la súplica de ineficacia, si se tiene en cuenta que en múltiples pronunciamientos el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado 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.

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que **(i)** la demandante nació el 7 de diciembre de 1959 (fl. 33); **(ii)** que estando afiliada al ISS (hoy Colpensiones), el 12 de julio de 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la afiliación a la A.F.P Porvenir S.A., (fl. 45); **(iii)** que el 20 de septiembre de 2010 se trasladó a la A.F.P Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fl.54), entidad en la cual, a la fecha, permanece afiliada; y **(iv)** que al mes de enero de 2017 reportaba 1.545 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fl.46).

Conviene precisar que la A-quo para motivar su decisión, adujo en síntesis que la Administradora de pensiones Porvenir S.A. no demostró haber proporcionado a la demandante una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria para el traslado de régimen pensional.

En el recurso de alzada, la entidad recurrente cuestiona el razonamiento de la falladora de primera instancia, argumentando que el asesor comercial sí le brindó la información que legamente se exigía para la época del traslado, pues así se colige de los hechos expuestos en la demanda y, de las manifestaciones efectuadas por la demandante en el interrogatorio de parte y en el formulario de afiliación que suscribió.

Revisando el caudal probatorio se encuentra que la A.F.P Porvenir S.A., buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte de la demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan en los folios 235 a 268, consistentes entre otros, en el formulario de afiliación suscrito en el año 2000, el formulario de confirmación de solicitud de afiliación suscrita el 31 de agosto de 2006, el formato de afiliación a la A.F.P Skandia, declaración del origen de los recursos consignados en el fondo privado recurrente, historial de vinculaciones, relación histórica de movimientos, relación de aportes, respuesta a petición presentada en diciembre de 2017 y, dos comunicados de prensa.

Revisados tales documentos, se considera que los mismos no evidencian ningún 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, pues era a él a quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente.

De otra parte, como se dijo, la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, habida consideración de que dicho documento no acredita que efectivamente el acto de traslado estuvo precedido de la ilustración suficiente a la afiliada, 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.

Tampoco se desprende algo distinto de la declaración de parte rendida por la activa, puesto que al analizar la referida prueba, lo que la actora manifestó básicamente fue que el asesor del fondo privado de Porvenir se presentó a las instalaciones de la empresa donde ella laboraba, y que en una reunión general con un grupo de personas, les informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, pero que en Porvenir S.A. podían pensionarse en forma anticipada y con una mesada superior a la que obtendrían en el ISS, que podían devolverle el dinero completo; que les dijeron que una vez suscribieran el formulario ellos pasarían a las oficinas a recogerlo para hacer efectivo el traslado; que lo que la motivó a efectuar el traslado es que recibiría una mejor mesada pensional; que nunca buscó información adicional porque quedó satisfecha y segura con la información que le brindaron en ese momento, pues consideró que Porvenir S.A. era una empresa seria; que no hizo uso del derecho de retracto porque siempre estuvo convencida de que se iba a pensionar con una mejor mesada; que recibía extractos y que al revisarlos se fijaba en que el monto de su cuenta de ahorro individual estuviese incrementando; que cuando se trasladó a la A.F.P Skandia lo hizo porque le ofrecieron lo mismo que en Porvenir S.A. y además le dijeron que tenían mejores rendimientos y que la mesada pensional iba a ser más alta; que la asesora de esta última entidad le dijo que podía hacer aportes voluntarios, lo cual solo pudo hacer durante tres meses; que fue sólo hasta que arribó a la edad de pensión cuando se dio cuenta de la dura realidad, que fue engañada, pues no se iba a pensionar con lo que le habían prometido, ya que la prestación en el RAIS alcanzaría escasamente el salario mínimo, y que fue por tal motivo que decidió buscar asesoría.

De tales manifestaciones, las cuales coinciden con los hechos planteados en el libelo introductor del proceso, a juicio de la Sala no es posible colegir que la demandante recibió información suficiente, clara y completa de las consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional, pues nótese que únicamente se le puso de presente un panorama de ventajas objetivas dentro del Régimen de Ahorro Individual, entre ellas, la más llamativa para formalizar el traslado, la obtención de una mesada pensional superior a la que reconocería el Régimen administrado por el entonces I.S.S., situación que no se acompasa a la realidad, pues conforme a la comunicación emitida por la A.F.P Old Mutual el 4 de enero de 2017, la mesada que la demandante recibiría en el R.A.I.S sería de $916.000 a esa fecha, al paso que, de haber permanecido en el Régimen de Prima Media habría alcanzado la suma de $4`130.000 (fl.46 a 49)..

En ese orden, la Sala comparte los argumentos utilizados por el 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 a la afiliada, clara, precisa y completa, 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 este caso, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la A.F.P. PORVENIR S.A., a la demandante en el traslado que esta realizó en julio de 2000 - 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 la demandante con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Igual situación se predica respecto de la AFP Skandia hoy Old Mutual S.A., quien tampoco acreditó que al momento de la afiliación a esa entidad, le brindó a la activa la información relacionada con las ventajas y desventajas que existen en cada uno de los regímenes pensionales, las proyecciones relativas a la mesada pensional, la incidencia de las fluctuaciones del mercado en el valor de esta, la densidad mínima de cotizaciones, la edad en la que podría eventualmente disfrutar de la prestación pensional o de la posibilidad de hacer uso de la facultad de retracto.

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 que actualmente maneja su cuenta de ahorro individual, esto es, Old Mutual S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, los saldos que existan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo indicó la juez de primer grado.

No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se hace necesario MODIFICAR la sentencia en orden a complementar los rubros que el fondo privado debe remitir a Colpensiones, motivo por el que se le ordenará a la AFP Old Mutual S.A., incluir además del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos adicionales, frutos e intereses, así como los gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales y otros), las sumas que retuvo para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones cobradas durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, con cargo a sus propios recursos tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

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...”*

De otro lado, se hace necesario ADICIONAR la sentencia objeto de análisis, para que la AFP Porvenir S.A., entidad que perpetró el traslado de régimen pensional de la actora, traslade con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a dicha entidad, debidamente indexados.

Frente a las excepciones propuestas, estuvo bien que no se declararan probadas: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y buena fe; y otras, como la de prescripción, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo. En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

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

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

Por último, en relación con la condena en costas procesales de las que se duele la A.F.P. Porvenir S.A., la Sala considera que había lugar a su imposición, como lo dedujo la A-quo, por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen tiene su fuente en su conducta indebida por falta al deber de información al momento de efectuar el traslado de régimen pensional de la demandante. Por ende, no hay lugar a exonerarla del pago de las costas del proceso de primer grado a esa entidad recurrente, por lo que también se CONFIRMARÁ este punto de la sentencia apelada.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad de la recurrente y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Las costas en esta sede estarán a cargo de Porvenir, en favor de la activa, dada la improsperidad del recurso propuesto.

1. **DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal 3º de la sentencia proferida el 7 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de ORDENAR a la A.F.P OLD MUTUAL S.A., trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos, frutos, intereses y además, los gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales y otros), las sumas que retuvo para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia referida a fin de **ORDENAR A LA A.F.P PORVENIR S.A.,** trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a esa entidad, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados, conforme las consideraciones vertidas en esta sentencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás

**CUARTO:** Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. en favor de la demandante.

(…)

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

Magistrada Magistrada

Aclara voto