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: | Elizabeth Herrera Anaya |
| Demandado: | Porvenir S.A. – Protección S.A. y Colpensiones  |
| Radicación No. | 66001–31-05-003-2018-00319-01 |
| 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: veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 123 del 01 de septiembre de 2020

Pereira, Risaralda, siete (07) de septiembre 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 interpuestos por las codemandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

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

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante en el mes de noviembre de 1997 de abril de 1996 a la AFP Porvenir S.A. a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia, se condene a los fondos privados demandados a devolver todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación, tales como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales, con sus frutos e intereses con destino a Colpensiones. Y a esta entidad, a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada y, se condene a las entidades convocadas al pago de las costas del proceso a su favor.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que el 1 de agosto de 1980 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado en aquel entonces por el Instituto de Seguros Sociales; que en el mes de noviembre de 1997 asesores comerciales de la A.F.P Porvenir S.A. la visitaron en las dependencias de la entidad para la cual laboraba “Universidad Industrial de Santander”, en la que le informaron que de trasladarse de régimen pensional podría pensionarse a más temprana edad, que el monto de la pensión sería más alto que el que le otorgaría el régimen de prima media con prestación definida entre otras afirmaciones. Que con base en esos mismos argumentos se trasladó a la AFP Protección S.A. Que en documento proferido por este fondo privado el 19 de febrero de 2018, se le informó que posee un total de $404`383.256 en su cuenta de ahorro individual y un total de 1.482,14 semanas cotizadas al sistema; que según proyección efectuada en esa misma calenda, se le informó que se pensionaría en esa entidad a los 60 años de edad con una mesada pensional de aproximadamente $2`744.647, monto que es notablemente inferior al valor que recibiría de haber permanecido en el RPMPD, el cual alcanzaría la suma de $7`258.640; que en respuesta al derecho de petición que radicó ante dicho fondo privado, le indicaron que la entidad no cuenta con registro de la asesoría que se le brindó al momento de la afiliación. Colpensiones resolvió derecho de petición negando el traslado al faltarle menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima. Finalmente afirmó que nunca fue informada sobre los beneficios y consecuencias del traslado de régimen, ni del plazo que tenía para retornar al régimen de prima media.

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. COLPENSIONES.**

A través de portavoz judicial aceptó los hechos relativos a la vinculación laboral de la demandante, su afiliación al régimen de prima media. y posterior traslado al régimen de ahorro individual, así como la negativa a la petición de retorno. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que carecen de sustento fáctico y legal en razón a que el traslado se hizo conforme a derecho. Enlistó en su defensa como medios exceptivos los que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”, ver folios 92 a 98.

**1.2.2. A.F.P. PORVENIR S.A.**

Aceptó únicamente la fecha de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual. Frente a los demás supuestos de hecho indicó que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de “Prescripción”, “Buena fe”, “Inexistencia de fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales irrogados por parte de la entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, ver fls.151 a 184.

**1.2.3. A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

Aceptó la fecha de afiliación de la demandante a esa entidad y la información suministrada en comunicación del 19 de febrero de 2018 en torno a la fecha de adquisición del derecho y la proyección del valor de la mesada. Frente a los demás supuestos de hecho indicó que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de “Prescripción”, “Buena fe”, “Inexistencia de fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales irrogados por parte de la entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, ver fls.210 a 241.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 5 de septiembre de 2019, en la que **declaró la ineficacia del traslado** que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 23 de octubre de 1997 así como la vigencia de la vinculación que tenía al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones. En consecuencia, le ordenó a la **A.F.P Protección S.A**., entidad a la cual se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, a trasladar con destino a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, haciendo un detalle pormenorizado de los aportes en lo que especifique el empleador, días cotizados y el IBL. De otra parte, le ordenó a Colpensiones habilitar la afiliación de la demandante una vez reciba la información procedente del fondo privado, y proceda a modificar y actualizar si es del caso la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas y condenó en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. en un 100% de las causadas en favor de la gestora de la Litis.

Para arribar a esa determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario que las **A.F.P PORVENIR S.A.** - entidad que efectuó el traslado de régimen pensional de la actora - incumplió con la carga de la probatoria de acreditar el cumplimiento del deber de buen consejo de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, lo cual debe incluir las ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias jurídicas, pues del contenido del formulario de afiliación no se desprende que hubiese suministrado información suficiente, veraz y completa a la demandante para efectuar el cambio de régimen pensional. Por lo tanto concluyó el A quo, que la decisión de traslado de la activa no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento informado para aceptarla.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo de decidido, las accionadas que componen la parte pasiva de la Litis, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

A la par, **las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.,** indicaron que de acuerdo con los acontecimientos y las pruebas practicadas, concretamente las manifestaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte, se demostró que su vinculación al régimen de ahorro individual fue lícita, válida, eficaz y completamente ajustada a derecho para la época de 1997 cuando realizó su traslado, pues su voluntad fue totalmente consciente del acto en cuanto a las consecuencias jurídicas que este le acarrearía; que la demandante ha permanecido en dicho régimen durante 22 años después de haberse acogido a este y además migró a otro fondo privado dentro del mismo régimen; que la información que le suministró Porvenir fue detallada y completa como para haberse tornado suficiente para la demandante al tomar la decisión; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, que la asesoría fue personalizada y que la suscripción del formulario fue libre y voluntaria, todo lo anterior para concluir que afiliación libre y voluntaria de la demandante al RAIS trae a la postre que esta deba asumir los riesgos propios de su decisión.

**Colpensiones,** por su parte, indicó que para la entidad era imposible aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media, por cuanto existe una norma que lo impide –Artículo 2º Ley 797 de 2003 que modifico el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993-, la cual establece que cuando le faltaren al afiliado 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, no puede trasladarse.

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 dispone desatar el grado jurisdiccional de **Consulta.**

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, tanto la parte activa como Colpensiones allegaron por escrito sus alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir previas las sigueintes:

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 de consulta, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a *(i)* determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, *(ii)* dilucidar si al momento de traslado de régimen pensional a la demandante se le suministró la información necesaria por parte del fondo de pensiones,  para entender que el acto de traslado fue eficaz; *(iii)* establecer si es posible acceder al traslado de régimen pensional aun cuando a la demandante le faltan diez años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión, y ya en grado jurisdiccional de consulta se determinará (iv) si hay lugar a adicionar la providencia para complementar los rubros que deben ser devueltos al regimen de prima media con prestación definida.

 **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, 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 2 de abril de 1957 (fl.31); **(ii)** que el 1 de agosto de 1980 se afilió al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y que el 23 de octubre de 1997 suscribió formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladándose con ello al Régimen de Ahorro Individual (fls.37 y 185); **(iii)** que el 18 de julio de 2003 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Santander posteriormente ING, hoy Protección S.A. (fl.242) y **(iv)** que al 19 de febrero de 2018 reportaba un total de 1482,14 semanas de aportes al sistema pensional, entre cotizaciones al Régimen de Prima Media y el Régimen de ahorro Individual (fl.48).

Conviene precisar que para motivar su decisión, la A-quo adujo en síntesis que la A.F.P demandada no demostró haber proporcionado a la demandante una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria.

Al apelar la decisión, las entidades recurrentes cuestionaron el anterior razonamiento, argumentando básicamente que el asesor comercial sí le brindó la información que legamente se exigía para la época del traslado y que tampoco es posible ordenar su retorno al régimen de prima media porque le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.

Para resolver, se revisa el material probatorio, encontrando que la administradora de fondos de pensiones **Porvenir S.A.,** buscó demostrar su diligencia y cuidado en el cabal asesoramiento de la demandante con pruebas de naturaleza documental, así como con el interrogatorio de parte de la demandante. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 185 a 209, consistentes en el formulario de afiliación suscrito en el año 1997, certificación de los valores trasladados a ING Pensiones y Cesantías, historial de vinculaciones, relación histórica de movimientos, relación de aportes, derecho de petición radicado por la afiliada con su respectiva respuesta y, tres comunicados de prensa.

Revisados tales documentos, se concluye que los mismos no evidencian ningún tipo de información clara, suficiente y objetiva para tomar una decisión informada, clara y precisa, en la que se hayan expuesto todas 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 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.

De otra parte, del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se desprende una situación distinta, pues solo coinciden con los hechos manifestados en el líbelo genitor de la litis, y de ninguna de ellas emana confesión es decir, de tal prueba no es posible, a juicio de la Sala , 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. Siendo ello así, es al operador judicial a quien le corresponde determinar con base en el material probatorio que al respecto allegue la administradora de pensiones, si la información fue o no suficiente, tal cual lo exige la jurisprudencia, consistente en que la entidad debe documentar el tipo de información que brinda al afiliado(a) y **conservarla en sus archivos** (Sentencia SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019).

Ahora bien, en relación con el ataque de Colpensiones encaminado a cuestionar la procedencia de la ineficacia del acto jurídico de traslado, con el argumento de faltarle a la demandante diez años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión, es preciso indicar que dicho aspecto ha de diferenciarse del relativo a la ineficacia del traslado de régimen.

Lo anterior, por cuanto el término perentorio de la fidelidad al régimen pensional escogido, y la prohibición consagrada en el artículo 2° Ley 797 de 2003, **impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado**. Sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado a permanecer en un régimen pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró de un régimen de pensiones a otro, por lo que deben despacharse desfavorablemente los puntos de alzada.

Por consiguiente, la inconformidad de la recurrente en este puntual aspecto, en el que indica que al desatar este litigio de manera favorable a las pretensiones de la parte activa, se infringiría tal lapso legal de prohibición de traslado de régimen pensional, no es un argumento válido para negar las pretensiones de la parte actora, como quiera, que como se ha visto los supuestos fácticas y jurídicos de la demanda, distan diametralmente de los alcances de la prohibición legal de trasladarse faltando 10 años o menos antes de adquirir la edad mínima de pensión.

Acorde con lo hasta aquí expuesto, no es mucho lo que debe agregarse al fallo venido en apelación en tanto que la Sala comparte los argumentos de los que se valió el a-quo, en aras a fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues 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 el 23 de octubre de 1997 -, **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.

Y aunque la actuación que dio origen a la declaración de la ineficacia es el llevado a cabo por la A.F.P. PORVENIR, al ser el acto primario o inicial de cambio de régimen, y ello conlleva como se sabe la declaración de inexistencia del traslado a partir de ese momento, debe decirse que la A.F.P PROTECCIÓN S.A., tampoco acreditó que al momento de la afiliación a esa entidad, le haya brindado a la activa la información relacionada con las ventajas y desventajas que existen en cada uno de los regímenes pensionales.

Lo dicho en precedencia conlleva entonces a que las cosas 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, **PROTECCIÓN S.A.,** debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas las cotizaciones efectuadas en la cuenta de ahorro individual, tal cual lo indicó la sentenciadora de primer grado.

No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ**  la sentencia consultada para ordenarle a dicha Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A., que además de las cotizaciones traslade con destino a COLPENSIONES los rendimientos de las cotizaciones, los 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, debidamente indexados 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...”*

Igualmente, indiscutida la ineficacia del traslado realizado a la **AFP PORVENIR S.A,** en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, se ADICIONARÁ la sentencia para ordenarle a dicha entidad que traslade la totalidad de los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que fueron cobrados durante el lapso de afiliación de la demandante a dicha administradora de pensiones, 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)”.*

Con lo anterior, quedan resueltos en su integridad los puntos de inconformidad propuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. y en favor de la demandante, dada la improsperidad de los recursos de apelación interpuestos.

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 5 de septiembre 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 PROTECCIÓN S.A.**, trasladar además de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, saldos, frutos, intereses, incluyendo 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, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal 3º** de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** igualmente, la **A.F.P PORVENIR S.A.,** a trasladar, con destino a **COLPENSIONES**, 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 con cargo a sus propios recursos.

 **TERCERO. CONFIRMAR** en todo lo demás.

 **CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. y en favor de la demandante.

La anterior decisión queda notificada en estados

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto