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 / BENEFICIARIO DE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / NO SE AFECTA.**

… 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”. (…)

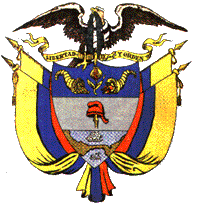
… También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

“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.

… conviene agregar que si bien es cierto como lo alega la AFP Porvenir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece la pérdida del régimen de transición como consecuencia ineludible para aquellos afiliados que han escogido trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, también lo es que dicho precepto impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, circunstancia que no es la que se ofrece en el sub-examine, en el que la demandante se duele de no haber recibido información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró de un régimen de pensiones a otro.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| DEMANDANTE: | Nidia Patiño Valencia |
| DEMANDADO: | Colpensiones y Porvenir S.A. |
| RADICACIÓN Nº | 66001–31-05-002-2018-00076-01 |
| JUZGADO ORIGEN: | Segundo Laboral del Circuito de Pereira |
| TIPO DE PROCESO: | Ordinario Laboral |
| PROVIDENCIA: | Sentencia de segunda instancia |
| DECISIÓN: | **MODIFICA SENTENCIA** |

Registro del proyecto: ocho (08) de octubre de 2020

Acta de discusión No. 148 del trece (13) de octubre de 2020

Pereira, Risaralda, diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**y**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA,** a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

**I.  ANTECEDENTES**

**1.1.   Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene a dicho fondo privado a girar el total del monto depositado en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, y a esta, a recibirla nuevamente como afiliada, y que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales a su favor.

Como sustento de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 17 de septiembre de 1956, por lo que al 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; que realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de abril de 1996, por medio de la AFP Porvenir S.A; que no recibió ninguna asesoría ni soporte informativo que le permitiera conocer los riesgos a los que se veía expuesta con el traslado de régimen, pues no se le explicó cuál sería la diferencia en el pago de aportes, ni las implicaciones y la conveniencia de la migración; que mediante documento fechado el 19 de diciembre de 2017, el fondo privado accionado en respuesta a su solicitud, le informó no era procedente su retorno al RPMPD, haciendo entrega de la liquidación del bono pensional. Por último, indica que Colpensiones mediante oficio de la misma fecha, le informa en respuesta a su derecho de petición, que no es procedente autorizar el traslado de régimen, por encontrarse a 10 años o menos del requisito de pensión.

**1.2.     Respuesta a la demanda.**

**1.2.1.   COLPENSIONES**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda, calificando como ciertos los hechos relativos a la fecha de natalicio de la demandante, su calidad de beneficiaria del régimen de transición, sus cotizaciones al RPMPD, su posterior traslado al RAIS, la solicitud de retorno y su respuesta desfavorable. En relación con los hechos restantes, manifestó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones de la Litis y en su defensa enlistó los medios exceptivos de fondo los que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, e “Imposibilidad de condena en costas”, ver folios 36 a 46.

**1.2.2.  PORVENIR S.A.**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la afiliación de la demandante al RPMPD y su posterior traslado al RAIS, el derecho de petición presentado, su respuesta desfavorable y la permanencia de la afiliación, hasta la fecha. Respecto a los demás, manifestó no ser ciertos, no constarle o constituir apreciaciones subjetivas. Se opuso a las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen pensiones se realizó conforme a lo establecido en la Ley. En su defensa, formuló como excepciones de mérito las de “Eficacia de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Prescripción” y “Buena fe”, ver fls. 56 a 72.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 20 de septiembre de 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a dicho fondo privado a trasladar la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos financieros, con destino a Colpensiones, y a esta entidad, a aceptar el traslado de la señora Nidia Patiño Valencia, teniéndola como afiliada sin solución de continuidad. Condenó en costas procesales a las demandadas en un 80% a cargo de Protección (sic) y 20% a Colpensiones.

Para arribar a esas determinaciones, la *a quo* argumentó, en síntesis, que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz, por cuanto dicha entidad no demostró el cumplimiento al deber de información a su cargo, en tanto que, no acreditó haberle brindado a la demandante toda la información necesaria, clara, comprensible y suficiente sobre las características de ambos regímenes, sus condiciones de acceso y los efectos que ello carrearía, especialmente, sobre la pérdida del régimen de transición de la cual era beneficiaria, el cual le otorgaría la posibilidad de beneficiarse de la norma anterior, y de alcanzar su derecho pensional de manera más favorable; de modo que aquella pudiere otorgar su consentimiento de manera consciente, libre y voluntaria.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, las entidades que conforman la parte pasiva de la acción interpusieron recurso de apelación.

**La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** solicitó la revocatoria de la sentencia y la absolución de todas y cada una de las pretensiones en su contra. En la sustentación, indicó que el traslado de la demandante al RAIS fue valido, pues no cumple con los requisitos de la sentencia C- 1024 de 2004, SU- 062 de 2010 y SU-130 de 2013, las cuales indican de manera expresa que los beneficiarios del régimen de transición, por edad, pierden de manera automática los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al RAIS, De acuerdo al material probatorio recopilado en el proceso, la demandante firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, y por ende, no se puede aducir la existencia de un vicio en el consentimiento, más cuando el único propósito de la demandante es tener una mesada más alta, tal como lo afirmó en su interrogatorio de parte.

Por su parte, **la AFP Porvenir S.A**. manifestó que, a pesar de ser la demandante beneficiaria del régimen de transición por edad, su traslado al RAIS supone la pérdida de dicho beneficio. Indicó que no hubo falsedad en la información que le fue suministrada por el asesor comercial de la entidad al momento del traslado de régimen de la actora, pues se le pusieron de presente las características propias del RAIS y el formulario de afiliación fue suscrito de forma libre, voluntaria y sin presiones, sin que el mismo fuera tachado de falso. Aduce además que la demandante permaneció en el RAIS por un lapso de aproximadamente 22 años, lo que demuestra que se encontraba conforme con las ventajas y prerrogativas de dicho régimen. Aduce que no se le puede endilgar a la entidad, cargas que para la época del traslado de régimen no existían, ni mucho menos trasladarle la carga de la prueba, so pretexto del artículo 1604 del C.C., pues para aquel entonces únicamente se exigía documentar el contrato de afiliación, dado que la asesoría se hacía en forma verbal. De otro lado, manifestó que ante la declaratoria de inexistencia del acto jurídico, solo habría lugar a devolver el saldo ahorrado, libre de rendimientos y demás. Respecto a la imposición de condena en costas procesales, manifestó que no hay lugar a ellas toda vez que el actuar de la entidad estuvo siempre precedido de buena fe. Por lo expuesto, solicita se le absuelva de las pretensiones.

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 a Colpensiones, tal como se indicó en el auto del 25 de junio del año en curso, se desatará el grado jurisdiccional de Consulta a su favor.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, las partes allegaron escrito a través del correo electrónico del Despacho, por lo que se procede a resolver de fondo previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

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

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a ***(i)*** determinar cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales. En ese orden, ***(ii)***determinar si a la demandante se le suministró la información necesaria por parte del fondo de pensiones, para entender que el acto de traslado fue eficaz; en caso negativo, ***(iii)*** establecer si en los términos de las sentencias C-1024 de 2004, SU- 062 de 2010 y SU-130 de 2013, la demandante perdió de manera automática los beneficios del régimen de transición, por haberse trasladado voluntariamente al RAIS; ***(iv)*** establecer cuáles son los rubros que deben ser devueltos por la AFP Porvenir S.A., con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, y ***(vi)*** determinar si hay lugar a exonerar a las demandadas de la imposición de costas procesales.

**5.3. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

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

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

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

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

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

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

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

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

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838 explicó:

*2.* ***El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado***

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(…) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*…Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

De lo anterior, puede derivarse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

**5.4. Caso concreto**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que (i) la demandante nació el 17 de septiembre de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994, fecha en que entró a regir el nuevo sistema general de pensiones, tenía 35 años de edad (fl.10); (ii) que estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, el día 13 de febrero de 1996 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., con lo que se materializó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (fl.73); (iii) que al 8 de octubre de 2018 tenía reportadas un total de 1309 semanas de aportes al sistema pensional, entre semanas cotizadas al régimen de prima media y al de ahorro individual (fl.145).

Conviene precisar que, para motivar su decisión, la *a-quo* adujo en síntesis que la entidad administradora de pensiones accionada no demostró haber proporcionado a la afiliada una información completa y adecuada que le permitiera tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, haciéndola conocedora de las consecuencias que le generaría su afiliación al RAIS, que no es otra que la pérdida de los beneficios propios del régimen de transición.

Para resolver la instancia, 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. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 73 a 152, consistentes en el formulario de afiliación a dicho fondo, copia de la cedula de ciudadanía de la afiliada, distintas peticiones y sus respectivas respuestas, las proyecciones de la mesada pensional que se efectuaron, la historia laboral válida para bono pensional, la relación histórica de movimientos al interior del sistema pensional, el historial de vinculaciones expedida por Asofondos, el resumen de historia laboral y el consolidado y, una certificación de afiliación.

Tales documentos, no evidencian ningún tipo de información 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 al  afiliado, que se le informó sobre las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias del traslado, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Así mismo, del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se desprende una situación distinta, si se tiene en cuenta que manifestó que el ingeniero con quien trabajaba para el momento del traslado de régimen, llegó con alguien de Porvenir y le indicó a ella y a la secretaria que se encontraba allí, que debían afiliarse porque era lo mejor, por lo que ellas, sin discutir nada, procedieron de conformidad, advirtiendo que fue presionada, pues a ella nunca se le hubiera ocurrido trasladarse.

De tales manifestaciones, las cuales coinciden con los hechos planteados en el libelo introductor del proceso, no es posible a juicio de la Sala, colegir que la demandante recibió información suficiente, clara y completa de las consecuencias jurídicas, las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional, en su caso particular, la pérdida del régimen de transición, pues lo que se advierte es que la demandante no obtuvo ningún tipo de información o asesoramiento por parte de PORVENIR S.A, y que su derecho a la selección de régimen se vio doblemente afectado, no solo por su empleador, quien desconoció el derecho a la libre escogencia de sus trabajadores, sino también por la entidad administradora de pensiones, quien tampoco acreditó haber dado cumplimiento a su deber de informarla en forma completa al afiliado, individualizando los medios que utilizó para ello, sin que sea suficiente la simple expresión genérica, dado que es necesario que se ponga de manifiesto de manera clara y suficiente, la información acerca de los efectos de su decisión.

Aunado a ello, es preciso mencionar que lo dicho o no por la demandante no tiene tampoco la virtualidad de medir si la entidad cumplió o no con el deber de información a su cargo, pues 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 a la cual se ha hecho alusión, 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).

En relación con el ataque de la alzada de Colpensiones, encaminado a cuestionar que la demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional para recuperar los beneficios del régimen de transición del cual era beneficiaria, es preciso advertir que, el análisis y la verificación de esas exigencias procede únicamente cuando está en discusión la posibilidad del afiliado de retornar en cualquier tiempo al RPMPD, de modo que, tal problemática, dista sustancialmente de la controversia que fue planteada en este asunto, de la eficacia o no del acto jurídico del traslado de régimen pensional, aspecto que, en todo caso, se analiza de manera independiente del beneficio del régimen de transición, pues se hace desde la óptica del cumplimiento de los deberes y obligaciones propias que le asiste a las administradoras de pensiones, de brindar a los usuarios la posibilidad de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

De otro lado, conviene agregar que si bien es cierto como lo alega la AFP Porvenir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece la pérdida del régimen de transición como consecuencia ineludible para aquellos afiliados que han escogido trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, también lo es que dicho precepto impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, circunstancia que no es la que se ofrece en el *sub-examine*, en el que la demandante se duele de no haberrecibido información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró de un régimen de pensiones a otro.

Por consiguiente, se despachan desfavorablemente los recursos de apelación interpuestos en ese sentido por las demandadas.

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 13 de enero de 1996-, **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, razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** el fallo venido en apelación.

Lo anterior, en suma conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrado por Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que maneja su cuenta de ahorro individual, esto es, PORVENIR S.A., debe devolver a la administradora del Régimen de Prima Media – Colpensiones, todas los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros) las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, con destino a Colpensiones.

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...”*

Así las cosas, atendiendo a  que la operadora judicial de primer grado solo ordenó a PORVENIR la devolución a Colpensiones de la totalidad de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que opera en favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ** la sentencia consultada para ordenarle a la PORVENIR S.A., que además de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos, traslade con destino a COLPENSIONES, 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 del 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 del año 2019.

**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 queja Porvenir S.A., se dirá que la misma se encuentra ajustada a derecho, puesto que en los términos del núm. 1º del artículo 365 del CGP, al existir oposición frente a la prosperidad de las pretensiones de la demandante y salido vencida en juicio, es deber del operador judicial imponer tal condena en costas, como en efecto la *a-quo* lo hizo. Por ende, no prospera el recurso de apelación en ese sentido, por lo que también se CONFIRMARÁ este punto de la sentencia apelada.

No obstante, se revocará la condena impuesta por este concepto a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, como quiera que esta entidad no es responsable de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional ocasionada por la falta al deber de información de su par procesal –Porvenir S.A.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Las costas en esta sede estarán a cargo de Porvenir S.A. en favor de la activa, dado la improsperidad del recurso de alzada 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 2º de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ORDENAR A PORVENIR S.A.,** trasladar además de la totalidad del capital acumulado en la  cuenta de ahorro individual de la señora **NIDIA PATIÑO VALENCIA,**  junto con sus rendimientos, 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  cobradas con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE**el ordinal 4**°** de la sentencia en comento, en el sentido de **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago de las costas procesales que le fueron impuestas, debiendo distribuirse el porcentaje de la condena a la AFP Porvenir S.A.

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

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

La anterior decisión se notificará en ESTADOS.

Notifíquese y cúmplase,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

Magistrada Magistrada

Aclara voto