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. (…)

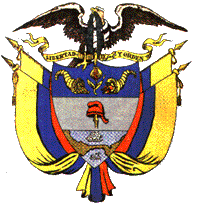
“… las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta 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: | Rosa Yadira Leon Rojas |
| Demandado: | Colpensiones, Colfondos S.A. |
| Radicación No. | 66001–31-05-004-2018-00547-01 |
| Juzgado origen: | Cuarto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **MODIFICA SENTENCIA** |

Registro del proyecto: diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Acta número 178 del 24 de noviembre de 2020

Pereira, Risaralda, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**y**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA,** a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

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

**SENTENCIA**

**I.  ANTECEDENTES**

**1.1.   Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual a través de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y en consecuencia, se ordene a dicho fondo privado a liberarla de sus bases de datos y a trasladar las cotizaciones 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 10 de mayo de 1963, que empezó su vida laboral en enero de 1995 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida hasta el mes de agosto de 1999, pues suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin recibir ningún tipo de asesoría acerca de las implicaciones que tendría la migración de régimen pensional; que mediante documento proferido por dicho fondo privado, le informaron que no cuentan con copia de los documentos que soporta la asesoría, dado que para la época esta se hacía en forma verbal, indicando además que el único documento existente es el formulario de afiliación, y que el 25 de septiembre de 2018 Colpensiones negó la solicitud de traslado con el argumento de que se encuentra a diez años o menos el requisito de tiempo para 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, la fecha hasta la cual cotizó en el RPMPD, la suscripción de formulario de afiliación con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., y la respuesta dada por el fondo privado y por Colpensiones, ante la solicitud de traslado. En relación con los hechos restantes, manifestó que no eran ciertos o 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 66 a 76.

**1.2.2.  COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando los hechos relativos a la afiliación de la demandante al RPMPD y el término hasta el cual efectuó cotizaciones al interior del mismo. Respecto a los demás, manifestó negarlos o tratarse de 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 las de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa” “Prescripción” y “Buena fe”, ver folios 103 a 119.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 7 de julio de 2020, 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. En consecuencia, condenó a dicho fondo privado a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y cuotas de administración, con destino a Colpensiones dentro del término improrrogable de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la decisión. Y a Colpensiones, a aceptar sin dilaciones el traslado de la señora Rosa Yadira León Rojas, al régimen de prima media con prestación definida, teniéndola como afiliada sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a dicho régimen. Condenó en costas procesales a Colfondos S.A. en un 100% de las causadas.

Para arribar a esas determinaciones, la *a quo* argumentó, en síntesis, que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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, 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** indicó que para la entidad es improcedente aceptar a la demandante como su afiliada, en razón a que existe una norma que lo impide, esto es, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual, no podrán trasladarse de régimen pensional las personas que le falten menos de 10 años para acceder a la edad mínima de pensión.

Por su parte, **Colfondos S.A**. solicitó la revocatoria de la condena de cuotas de administración y sumas adicionales y demás emolumentos diferentes a los aportes, pues en su sentir, ante la declaratoria de inexistencia del acto jurídico, solo habría lugar a devolver el saldo ahorrado, por concepto de aportes pensionales y no ningún otro concepto adicional, teniendo en cuenta que muchos de estos factores tienen que ver con la administradora de pensiones. Respecto a las cuotas de administración, indicó que de conformidad con el articulo 1746 C.C. y en virtud del principio de restituciones mutuas, se trata de un descuento legal efectuado como contraprestación de la buena gestión de administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual. Indica que la devolución de tal rubro a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa en detrimento del patrimonio del fondo de pensiones. Tampoco resulta procedente la devolución de los seguros previsionales cancelados por mandato legal a las aseguradoras, y no es posible recobrar este dinero a dichas entidades, debiendo entonces la entidad administradora cubrir esos dineros con cargo a sus propios recursos.

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, allegaron escrito tanto la parte actora como la codemandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, 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)***establecer si para el momento en que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional del RMPPD al RAIS, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado determinada información; ***(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, ***(iv)*** dilucidar 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, ***(v)*** establecer cuáles son los rubros que deben ser devueltos por la AFP Colfondos S.A., con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

**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, 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 10 de mayo de 1963; (ii) que estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, el 27 de julio de 1999 suscribió formulario de afiliación con la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, efectivo a partir del 1 de septiembre de ese mismo año, con lo que se materializó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (fl.25); (iii) que reporta un total de 1651,57 semanas de aportes al sistema pensional, entre semanas cotizadas al régimen de prima media y al de ahorro individual (fl.121).

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.

Para resolver la instancia, se revisa el material probatorio, encontrando que la administradora de fondos de pensiones **COLFONDOS 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 120 a 128, consistentes en una certificación de afiliación, el reporte de la consulta de semanas cotizadas, el resumen de historia laboral y el historial de vinculaciones.

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, 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 lo único que les dijeron al momento de la afiliación fue que se presentara en recursos humanos para el cambio de aseguradora, fue una citación que emanó de gestión humana de la empresa donde laboraba en aquella época. Refirió que les presentaron varios fondos privados, pero la mayor parte de empleados se trasladaron a Colfondos, porque la empresa le informó que el Seguro Social se iba a acabar, escogí esa administradora al azar, sin ningún tipo de motivación porque no recibió asesoría de ninguna índole.

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, pues lo que se advierte es que la demandante no obtuvo ningún tipo de información o asesoramiento por parte de COLFONDOS 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, y les impuso la exigencia de elección de un fondo privado del régimen de ahorro individual, sino también por la entidad administradora de pensiones, quien tampoco acreditó haber dado cumplimiento a su deber de informarla en forma completa a la afiliada, 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 el retorno de la demandante al RPMPD por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, es del caso precisar que dicho término perentorio de la fidelidad al régimen pensional escogido, consagrado 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 información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró de un régimen de pensiones a otro.

Así las cosas, al haberse verificado que el traslado de régimen pensional del demandante no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, consecuencia que irradia incluso a aquellos afiliados que les falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión. Por tanto, no prospera el recurso de apelación interpuesto en ese sentido.

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. COLFONDOS S.A. a la demandante en el traslado que esta realizó el 27 de julio de 1999, 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 de la 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, COLFONDOS 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, de manera indexada y con cargo a sus propios recursos, 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...”*

Ahora, atendiendo a las razones de impugnación propuestas por el fondo privado accionado, es preciso indicar que la orden de poner a disposición de Colpensionesel porcentaje correspondiente a gastos de administración y lo correspondiente al seguro previsional no es más que un efecto ínsito de la ineficacia deprecada por la actora, quien claramente tiene el propósito de retornar al régimen de prima media y pensionarse bajo las condiciones del mismo; lo cual exige, inexorablemente, el traslado de la totalidad de las cotizaciones en la forma como se expuso.

En esa misma línea, se insiste que la orden de trasladar los gastos de administración al régimen de prima media no es una medida que dependa del éxito que se haya tenido o no en el manejo de los recursos, sino que es una consecuencia de la ineficacia, la cual, una vez constatada, hace inexistente la causa que valide la conservación de suma alguna por parte de una entidad que no estuvo llamada percibirla, con afectación de quien siempre debió tenerla a su disposición.

Luego, siendo plenamente conocedora desde el inicio del proceso que lo pedido era la ineficacia del traslado, si la codemandada recurrente consideraba que algo debía reconocerse en su beneficio por la gestión o los gastos en que pudieron incurrir como consecuencia de hechos de los que no es responsable, así ha debido proponerlo y demostrarlo en las oportunidades correspondientes, y no pretender introducirlo tardíamente a través de un recurso desprovisto de pruebas que sustenten tales erogaciones.

De otra parte, no puede decirse que los rendimientos generados por los saldos mantenidos en la cuenta individual de la actora compensan o pagan las sumas correspondientes a los gastos de administración, primero, porque de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la distribución de las cotizaciones en ambos regímenes pensionales son disímiles y los saldos que ingresan a la cuenta individual para construir la pensión de vejez son inferiores en el RAIS, y segundo, porque aunque en un fondo común, puestos dichos recurso en el RPM también están llamados a producir unos frutos que deben reconocerse como si la afiliación al RAIS nunca hubiere existido.

En suma, el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación de la demandante, tiene como fundamento la conducta indebida de la entidad privada en la omisión al deber de información, cuya consecuencia genera la ineficacia del traslado, la cual priva de todo efecto el acto jurídico, debiendo entonces la administradora cubrir los deterioros sufridos por el bien administrado, con cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., tal como lo ha establecido firmemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral desde la sentencia radicada 31989 de 2008; por consiguiente no resultan prósperos los argumentos de los cuales echó mano la sociedad Colfondos S.A.,- en su recurso de apelación, para pretender la exoneración de la devolución de rubros distintos a los saldos de la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes.

Así las cosas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se MODIFICARÁ  la sentencia consultada para ordenarle a la COLFONDOS S.A., que 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 y 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)”.*

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 Colfondos 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 7 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **ORDENAR A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS,** trasladar además de la totalidad del capital acumulado en la  cuenta de ahorro individual de la señora **ROSA YADIRA LEÓN ROJAS,**  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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

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

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de la recurrente Colfondos 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