

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



Departamento del Tolima
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE IBAGUÉ - TOLIMA**
Sala Quinta de Decisión Laboral

En Ibagué, hoy treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se reúne de manera virtual, utilizando para ello los correos electrónicos respectivos con la participación de las Magistradas AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA y MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ, y con quien la preside CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA para, de acuerdo con los artículos 66 y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S. A., y revisar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el *1º de noviembre de 2019*, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ, contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., radicación número 73001-31-05-004-2018-00323-01, que se tramitó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima.

TESIS DEL DESPACHO:

El fallador de primera instancia determinó declarar la ineficacia del traslado realizado por la accionante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad ocurrido el *9 de octubre de 1998*, y como consecuencia de ello, ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A., a realizar el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de la totalidad de los aportes que aparezcan en la cuenta individual de Lilia Esperanza Ospina Sánchez junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales si existieren, debiendo trasladar además los gastos de administración. Así mismo ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones recibir a la demandante sin dilación alguna y adelantar las gestiones administrativas pertinentes para aceptar a la accionante de regreso como afiliada al régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

Precisó que el fondo administrador del régimen de ahorro individual con solidaridad, no cumplió con la carga de demostrar que brindó una información y/o asesoría suficiente, clara, precisa, expresa, oportuna, transparente, integral y comprensible a la demandante, acerca de las repercusiones que tendrían al cambiarse de régimen pensional, pues no solo le competía informar los beneficios que apareja el régimen de ahorro individual con solidaridad, sino también los inconvenientes del mismo, las características de cada régimen pensional, los beneficios y desventajas, e incluso, haberle realizado un cálculo o proyección de la futura mesada pensional en cada régimen; aspectos que debían ponerse en conocimiento de la afiliada, pues repercutían en la toma una decisión de afiliación a fin de que hubieran ejercido el derecho de la libre escogencia. Y que, por el contrario, se limitó a informar beneficios tales como obtener la pensión a menor edad y en un monto superior al que obtendrían en los fondos públicos, como así lo afirmó la demandante en el interrogatorio de parte. Así mismo, indicó, que si bien se solicitó la nulidad del traslado, lo que procede es la ineficacia, pues la decisión de la demandante de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe ser libre y voluntaria y además por cuanto la consecuencia de la omisión en la información se encuentra contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, además por resultar la figura jurídica procedente, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL1452 de 3 de abril de 2019, entre otras.

TÉSIS DE LAS RECURRENTES:

Porvenir S.A., recurrió la decisión argumentando que conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el traslado de régimen pensional debe ser libre y voluntario, y así aconteció en el presente caso, al suscribir el formulario de afiliación; que realizada la selección de fondo, el afiliado puede trasladarse siempre que hayan transcurrido 5 años, y siempre que no se tengan menos de 10 años para cumplir con la edad mínima de pensión conforme lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2014, sin que la demandante cumpla con los requisitos para el traslado de régimen; que se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción previsto en el artículo 1750 del Código Civil, pues lo que se pide es la ineficacia del traslado y nada tiene que ver con los aportes pensionales, por lo que la demanda debió presentarse dentro de los 4 años siguientes a la afiliación, pues se reclamó la nulidad del acto jurídico de la afiliación o traslado de régimen en 2013, es decir, se está ante una acción rescisoria por lo que ya está prescrita la acción; que no debe ser condenada en costas, pues el fondo pensional actuó de buena fe.

Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., interpuso el recurso de alzada en lo que tiene que ver con la condena impuesta por *gastos de administración*, en razón

a que cuando LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ realizó el traslado a dicha entidad, contaba con 53 años, es decir, no le era posible devolverse al régimen de prima media con prestación definida; que no se puede imponer condena por concepto de gastos de administración, ya que la entidad actuó de buena fe, máxime que la demandante se había trasladado anteriormente a POVENIR S.A., y COLFONDOS, y realizó una correcta administración de los aportes, abonándole los rendimientos en la cuenta de ahorros individual, por lo que se presenta un enriquecimiento sin causa, ordenar el pago de dichos gastos de administración; y además por cuanto la entidad estaba exonerada de darle información alguna respecto de la afiliación realizada anteriormente, pues duró 11 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir, ratificando su voluntad de continuar en dicho régimen; que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, y le indicó las condiciones en que se iba a pensionar, indicándole incluso, la rentabilidad, cuando así lo solicitó la accionante.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

- Determinar si existió vicio del consentimiento que pueda anular o tener como ineficaz el traslado que efectuó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad ante la falta de información.

De ser ineficaz el traslado:

- Establecer si la existencia de los vicios del consentimiento debe probarse por parte de la demandante y no existe inversión de la carga de la prueba.
- Determinar si se presentó ratificación de la voluntad de la demandante de pertenecer y permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Verificar si se configura la prescripción de la acción.
- Establecer si se presenta un enriquecimiento sin causa, en razón a la devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración a la cuenta de ahorro individual de la afiliada.
- Establecer si no hay lugar a traslado entre regímenes cuando a la afiliada le hace falta menos de 10 años de edad para cumplir la edad para pensionarse.

Previamente a decidir las partes allegaron por escrito sus alegatos de conclusión que se resumen así:

La demandante solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en razón a que no milita prueba alguna que acredite que las administradoras de fondos de pensiones demandadas hubiesen cumplido con su deber de información y asesoría íntegra, técnica y profesional,

explicando las connotaciones y pormenores del traslado pensional a la afiliada, ya que nunca le fue informado sobre las implicaciones que contraía consigo el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, lo que conlleva a la ineficacia del acto de traslado, conforme al precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción; que en cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la parte pasiva, no tiene vocación de prosperidad, al estar de por medio el derecho a la pensión, del cual se predicen los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

La sociedad Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., solicitó absolver a la entidad de todas las pretensiones incoadas, por cuanto la accionante se trasladó de forma libre, voluntaria y consciente al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quedó expresado en el formulario de afiliación suscrito con la AFP Protección S.A.; que la información para el traslado de régimen pensional se entregó a la demandante de manera verbal, ya que para dicho momento, no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se brindaba al potencial afiliado; que la obligación de entregar cálculos no estaba vigente para la fecha en que se realizó el traslado; que el deber de información se encontraba en cabeza de la demandante, quien estaba en condiciones de conocer las implicaciones de su decisión; que la demandante se trasladó en repetidas ocasiones a diferentes fondos privados; que la sociedad actuó de buena fe dentro de la permanencia de la afiliada en el RAIS, cumpliendo con las obligaciones de carácter legal a su cargo durante dicho período; que la inconformidad de la demandante es con el monto de su mesada, por lo que no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a otro régimen; y que los rendimientos financieros derivados de la administración obligatorios de la accionante fueron consignados en la cuenta individual de la afiliada, sin que pueda desconocerse que un porcentaje de la cotización se destina para los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, en razón a la improcedencia del traslado, por cuanto a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión a voces de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; que respecto del vicio del consentimiento alegado por la demandante, la carga en el deber de información que imputa la jurisprudencia a los fondos privados no debe ser total, ya que existía una legislación vigente al momento del traslado, que permitía distribuir las obligaciones al afiliado, para su correcta protección y beneficio, de verificar las consecuencias del traslado de régimen pensional, por lo que de no cumplirlas, se constituiría un descuido, omisión, negligencia, desinterés o una decisión deliberada por parte de la afiliada, al no utilizar las herramientas de información que brindan los fondos privados. Preciso que se está incurriendo

en una errónea interpretación, e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, al invertir la carga probatoria exclusivamente al fondo privado de pensiones, al permitir que le baste al afiliado afirmar que el fondo privado no le brindó la información clara y precisa, y sin allegar el mínimo elemento probatorio, para que se disponga el traslado o retorno al régimen de prima media con prestación definida; y que debe primar el principio de la relatividad jurídica incorporado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues al ser Colpensiones un tercero dentro del proceso, los actos jurídicos que se deriven de la sentencia, tienen efectos inter partes, por lo que la entidad no puede ser favorecida, ni perjudicada con la decisión adoptada, máxime que al existir una dualidad de sistemas pensionales y permitir el traslado entre ellos, Colpensiones no tenía dentro de sus posibilidades retener a los afiliados que desearan cambiarse al nuevo régimen. Finalmente, solicitó que en el evento que se confirme el fallo de primera instancia, se haga énfasis en la normalización de la afiliación y se ordene la devolución de la totalidad de aportes por parte del fondo privado, con el respectivo archivo y detalle de cotizaciones realizadas por la demandante durante la permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Las demás accionadas no presentaron alegatos de conclusión.

TÉSIS QUE SOSTENDRA LA SALA EN SU DECISIÓN

Se confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resulta ineficaz conforme lo advirtió el fallador de primera instancia, al no habersele suministrado por parte del fondo administrador de pensiones, la información suficiente, completa y clara respecto de la afiliación o traslado de régimen pensional. Además, por cuanto la ineficacia pretendida se encuentra ligada al derecho a la seguridad social que es imprescriptible y los cobros por administración también deben integrarse a la masa de aportes y rendimientos financieros que deberán devolverse a Colpensiones. De igual forma, por cuanto frente a la inversión de la carga probatoria en relación con la información que debió suministrarse a la afiliada frente a los beneficios y consecuencias que conllevaba el cambio de régimen pensional, recae en el fondo administrador de pensiones. También, porque no prospera la excepción de prescripción, pues lo pretendido se encuentra ligado al sistema de seguridad social, que es imprescriptible.

De otra parte, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar que los cobros hechos por gastos de administración se integren a la masa de aportes debidamente indexados de la accionante.

CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º; y artículo 15 numeral 3º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Corporación es competente para conocer del asunto. De otra parte, para surtir esta instancia, se corrió traslado a los apoderados judiciales a los correos electrónicos suministrados. Adicionalmente, el auto de traslado para alegar fue publicado en el estado electrónico No. 020C de *10 de junio de 2020*, en la página web de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, sin que se observe causal que invalide lo hasta ahora actuado.

ARGUMENTO PRINCIPAL DE ORDEN CONSTITUCIONAL:

El derecho a la seguridad social se encuentra establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable, precisándose que el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y que ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Y en virtud del referido derecho y el mínimo vital establecido en el artículo 53 ibidem, la demandante puede tener derecho a obtener la ineficacia de traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, si se demuestra algún vicio de consentimiento por parte del fondo administrador del régimen de prima media con prestación definida, en el proceso de traslado.

SUBARGUMENTOS DE ORDEN LEGAL DEL ARGUMENTO PRINCIPAL:

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994 dispuso que la selección de determinado régimen pensional, se realiza mediante la suscripción de un formulario con el que se aceptan “*las condiciones propias de éste para acceder a las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes y demás prestaciones a que haya lugar*”, de manera libre y voluntaria.

El Decreto 663 de 1993. Estatuto Financiero, que tiene aplicación para los fondos privados de pensiones en su redacción original, estipulaba en el artículo 47 que es deber de las entidades vigiladas por la Superintendencia “**suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen**, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger la mejor opción del mercado.” (Subrayas ajenas al texto original).

Posteriormente, con la modificación que introdujo la Ley 795 de 2003, las normas sobre el deber de informar fueron más precisas, prohibiendo en el artículo 12 el no transmitir la información razonable y adecuada que a juicio de la Superintendencia deba entregarse a los usuarios o clientes de las entidades vigiladas para que “éstos pueda tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”; deber que se hizo más exigente con la expedición de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular externa 016 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SUBARGUMENTOS DE ORDEN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL:

En torno a la información que debe brindar el fondo de pensiones al afiliado respecto de la conveniencia o no del traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de octubre de 2017, radicación número 46292, señaló: “...Pues bien, analizado el material persuasivo, no encuentra la Corte que COLFONDOS haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Así, en el asunto bajo escrutinio, brillan por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...” (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

DESARROLLO DE LA TÉSIS DE LA SALA:

En cuanto a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y el posterior traslado al de ahorro individual con solidaridad.

Está demostrado que Lilia Esperanza Ospina Sánchez, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al sistema general de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida desde antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y, con posterioridad y en distintas fechas, se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, hasta la fecha, información que se encuentra verificada con la solicitud de vinculación, reportes de semanas cotizadas en pensiones, relaciones históricas de movimientos y el resumen de las historias laborales expedidas por las entidades accionadas, obrantes en el expediente.

En cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS ante la omisión del deber de información:

Conforme a los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen quieren pertenecer y en esa libertad de escogencia, es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario, y en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será susceptible de ineficacia tal escogencia.

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana de una responsabilidad de carácter profesional, que les impone la obligación de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y, además, el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en el silencio que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Así las cosas, el traslado de régimen pensional más que válido debe ser efectivo, ya que se está en presencia de un presupuesto de eficacia, ajustándose a los principios de seguridad social que establece la normatividad propia, además de ajustarse a las reglas de libertad de escogencia del sistema; esto es, debe ser libre, espontáneo y sin engaños, debiéndose contar, además, con la información veraz y adecuada, comprobando que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones y dimensiones legales de los efectos del traslado, delimitando tanto los alcances positivos como negativos de la adopción de régimen.

Bajo el anterior contexto, aunque Old Mutual Pensiones y Cesantías S. A., afirmó que el traslado se dio por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad surtió sus efectos legales, pues venía desde hacía más de 11 años en dicha entidad, y por ende, no tenía que darle información alguna respecto de la afiliación realizada en años anteriores; tal tesis no sale avante en la medida que resulta *ineficaz*, el traslado de la demandante, surtido inicialmente con la

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A., y los surtidos con posterioridad a él, por cuanto existió vicio en el consentimiento, al no haberle suministrado a la afiliada por parte del fondo privado de pensiones, la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado.

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que Old Mutual Pensiones y Cesantías S. A., no allegó ningún elemento probatorio que demuestre que, en el presente caso, suministró a Lilia Esperanza Ospina Sánchez, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional, pues al expediente se allegó copia de la solicitud de afiliación o traslado al fondo privado, y aunque la misma aparece firmada por la demandante, en constancia de que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen e ahorro individual"¹, lo cierto es que se echa de menos la falta de información veraz y suficiente por parte de la administradora de pensiones referida, para que esa decisión tenga tal carácter, pues fue adoptada por la accionante sin el pleno conocimiento de lo que ella implicaba.

Sobre el deber de información al momento de la afiliación, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha elaborado una línea jurisprudencial a partir de la sentencia de 9 de septiembre de 2008, Radicado 31989, precisando que: "...Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes**, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica". (Ver sentencias SL 33083 de 22 de noviembre de 2011, SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, entre otras)

Y en la sentencia SL3464-2019, radicación No. 76284, de 14 de agosto de 2019, consideró que la omisión por parte de las administradoras de fondos de pensiones en el deber de informar de manera cierta, comprensible y suficiente los pros y contra del traslado de régimen, acarrea la ineficacia de la afiliación, tenga o no un derecho consolidado, sea o no beneficiario de la transición pensional, o si está próximo o no a pensionarse.

¹ Folio 310

En cuanto a la ratificación de la voluntad de la demandante de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS

La afiliación concretada a través del diligenciamiento y firma del correspondiente formulario, así como el pago de los aportes al régimen pensional que escoja la afiliada, si bien son requisitos de ingreso y permanencia al sistema de seguridad social, no son indicativos suficientes de un consentimiento informado y/o la ratificación de voluntad de la asegurada para permanecer en un régimen pensional, al no contar con la información necesaria para prever o proyectar hacia el futuro, las condiciones, riesgos, conveniencia y consecuencias de su afiliación al régimen, o incluso, determinar el perjuicio que el cambio de régimen le ocasione, incluso, en circunstancias como las del presente caso, donde se alega la falta de información y asesoría por parte del fondo administrador de pensiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL413-2018 de 21 de febrero de 2018, Radicado No. 52704; precisó que en casos donde se discute la materialización del acto jurídico de traslado, debe tenerse en cuenta además de la suscripción del formulario de traslado, otras expresiones de voluntad o ratificación de la misma por parte del afiliado, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, proyección de la mesada pensional, entre otros, pues: “...**Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado...**”; circunstancias que no se evidencian en el presente caso, o por lo menos, no se encuentran acreditadas por la sociedad demandada Porvenir S. A.

Así mismo, considera la Sala que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la sociedad recurrente en el sentido de que la accionante venía trasladada de Protección, Porvenir y Colfondos, es decir estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde hacía más de 11 años, y por ende, estaba exonerada de darle información alguna respecto de la afiliación y por cuanto nunca solicitó una simulación pensional; pues la oportunidad de la información se requería al momento del acto jurídico del traslado a dicha entidad; pues como ya se indicó, era al momento previo de la suscripción del formulario donde la asegurada requería de la información completa del régimen pensional al cual se ofrecía la vinculación, a fin de ponderar costos, desventajas y beneficios, e incluso la simulación pensional.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba frente al deber de información en cuanto a las consecuencias del traslado de régimen.

Recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, pues la “*prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, y así lo ha sostenido nuestro máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ordinaria en la sentencia SL-1452 de 2019, precisa la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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*; por lo que, “... *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 desvirtuarse 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...*” (Subrayado y resaltado al copiar)

Incluso, el precedente jurisprudencial de nuestra máxima Corporación de cierre en la especialidad, ha sido constante en advertir que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. (Ver sentencias SL-33083 de 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4989-2018).

En lo probatorio, el consentimiento informado que surge del deber de información conlleva la inversión de la carga de la prueba sobre el mismo quedando en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, la existencia de una decisión documentada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales; y para ejercer tal actividad probatoria, al proceso, sólo se aportó el formulario de afiliación o vinculación al fondo administrador de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, en los cuales se consigna información de la afiliada.

De la restante prueba documental obrante en el expediente tampoco se puede extraer conclusión semejante, esto es, la presencia de información completa al momento de suscribir el formulario de vinculación, pues se aportó copia del estado de cuenta con corte a 1^o de agosto de 2014², la historia laboral consolidada³, el derecho de petición suscrito por la demandante solicitando el traslado de sus aportes al régimen de prima media con prestación definida y la

² Folios 311 a 313

³ Folios 314 a 317

correspondiente respuesta emitida por la entidad⁴; es decir, documental que solo contiene datos de la historia laboral de la accionante e información personal, más no da cuenta de la información suministrada por el fondo privado de pensiones al momento del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni dicha entidad aportó otros medios de convencimiento que derruyan la aseveración de Lilia Esperanza Ospina Sánchez de no haber recibido información sobre los riesgos que asumía con su decisión, que a su vez se convierte en una negación indefinida y es ese orden de ideas también se invierte la carga de la prueba en la demandada.

En cuanto a la prescripción respecto de la solicitud de nulidad del traslado

Aunque la demandante presentó la solicitud de ineficacia del traslado de régimen, vencidos los 4 años que dispone el artículo 1750 del Código Civil Colombiano, para pedir la rescisión, dicha norma resulta inaplicable por tratarse de un derecho que se encuentra ligado al de la seguridad social y el mismo se torna imprescriptible e irrenunciable de conformidad con el artículo 48 del ordenamiento superior. (Ver Sentencia Corte Constitucional SU-567 de 2015)

Además, nuestra máxima Corporación de cierre en la especialidad, ha precisado que los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales; en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social. (Ver sentencias SL-1421 de 10 de abril de 2019 y SL-1689 de 8 de mayo de 2019)

En cuanto a la prohibición de traslado de régimen por tener la demandante menos de 10 diez años para cumplir la edad mínima de pensión.

Si bien el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y a su vez, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, dispuso la prohibición del traslado a los afiliados cuando le faltaren 10 o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, con el fin de mantener el sistema pensional capitalizado y viable económicamente; precisa la Sala que dicha limitante opera para el traslado de régimen pensional, circunstancia no aplicable en el presente caso, pues la declaratoria de la ineficacia del traslado conduce al *statu quo* de la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, sin que se tenga que verificar, si se tiene o uno un derecho consolidado, un beneficio transicional, o si se estaba próximo a pensionarse; máxime

⁴ Folios 318 a 324

que el objeto del litigio se orientó a determinar el incumplimiento del fondo demandado, respecto de su deber de información.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360 de 9 de octubre de 2019; precisó: “...Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, **si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones...” (Subrayado y resaltado al copiar)

Se aclara que el regreso de la accionante al régimen de prima media con prestación definida que tenía al momento del traslado al de ahorro individual con solidaridad, no se hace en virtud de un traslado emanado de la voluntad de la afiliada, sino en cumplimiento de una decisión judicial que decreta la ineficacia del traslado que la demandante en años anteriores realizó y cuya consecuencia es que se tiene como inexistente, o no hecho.

En cuanto al enriquecimiento sin causa por la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración.

La consecuencia de la ineficacia decretada, es que el traslado realizado por Lilia Esperanza Ospina Sánchez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, nunca tuvo efectos jurídicos; por lo que resulta procedente la determinación tomada por el fallador de primera instancia, en cuanto a que se realice la devolución de los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos, así como los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos los gastos de administración, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; sin que la devolución constituya un enriquecimiento sin causa, por cuanto dichas sumas afectan sensiblemente el monto de los ingresos bases de cotización IBC que deberá tener en cuenta la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones para efectos del eventual reconocimiento de una pensión de vejez a la demandante, por lo cual tratándose de un derecho pensional protegible por el Estado, dichos cobros por administración deben integrarse a la masa de aportes indexados y los rendimientos financieros. (Ver sentencia SL1689 de 2019).

Además, por cuanto conforme lo ha referido nuestra máxima Corporación de cierre en la especialidad laboral, la declaratoria de la ineficacia del acto del traslado, trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del

régimen de prima media con prestación definida, el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades. (Ver sentencias SL3464 de 14 de agosto de 2019, SL4426 de 10 de octubre de 2019).

En tal sentido habrá de adicionarse la sentencia recurrida, y, en consecuencia, se ordenará que los cobros por gastos de administración se integren a la masa de aportes de la demandante, debidamente indexados.

COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia a las recurrentes SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S. A., ante la no prosperidad de los recursos. Se fijará como agencias en derecho, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$877.803.00), por cada una y a favor de la demandante.

En mérito a lo expuesto la Sala Quinta de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ - TOLIMA, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el **1º de noviembre de 2019**, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué - Tolima, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; en el sentido de ordenar que los cobros por gastos de administración se integren a la masa de aportes de la demandante, debidamente indexados, debiéndose **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

SEGUNDO: CONDENAR en Costas en esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. **FIJAR** como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$877.803.00), por cada una de ellas, y a favor de la demandante.

Radicado No.: 73001-31-05-004-2018-00323-01
Clase de proceso: Ordinario laboral apelación sentencia
Demandante: Lilia Esperanza Sánchez Ospina
Demandadas: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,
Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,
Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,
Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

TERCERO: DEVOLVER oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

Esta decisión discutida y aprobada de manera virtual escrita y emitida por escrito conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, se notificará a las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 9º del Decreto Legislativo 806 de 2020; es decir, por el estado electrónico de la página web de la Secretaría de esta Sala. Adicionalmente, su texto se enviará a los correos electrónicos de los apoderados judiciales que figuren registrados en el expediente hasta el momento de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE

CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA

Magistrado

AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA

Magistrada

MONICA JIMENA REYES MARTINEZ

Magistrada

República de Colombia
Vicepresidencia de la Corte
Secretaría de la Sala IV
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

Ibagué, 01 de julio de 2020. Se deja constancia que la presente providencia se notificó el día de hoy, a través del Estado Virtual No.

032C

Diana Marcela Olaya Cota
Secretaria

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



Departamento del Tolima
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE IBAGUÉ - TOLIMA**
Sala Quinta de Decisión Laboral

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA

ACTA NÚMERO: __ 077C __ DE 2020

Ibagué – Tolima, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha, se deja constancia que en cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, proferido por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se adoptaron una serie de medidas por motivos de salubridad pública; se reunieron de manera virtual (correos electrónicos) los Magistrados CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA, AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA y MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ, que conforman la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Tolima.

Abierta la sesión, el Magistrado Ponente CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA, puso en consideración el proyecto de decisión dentro del proceso ordinario laboral instaurado por LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., radicación número 73001-31-05-004-2018-00323-01, que se tramitó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima.

El anterior proyecto fue sustentado por el Magistrado Ponente y aprobado por la Sala en los siguientes términos:

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el **1º de noviembre de 2019**, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué - Tolima, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; en el sentido de ordenar que los cobros por gastos de administración se integren a la masa de aportes de la demandante, debidamente indexados, debiéndose **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

SEGUNDO: CONDENAR en Costas en esta instancia a cargo de las demandadas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. FIJAR** como agencias en derecho la suma de **OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$877.803.00)**, por cada una de ellas, y a favor de la demandante.

TERCERO: DEVOLVER oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

No habiendo más que tratar se levantó la sesión.



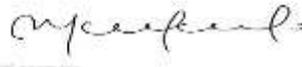
CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA

Magistrado



AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA

Magistrada



MONICA JIMENA REYES MARTINEZ

Magistrada