

**Constancia Secretarial:** vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 21 de septiembre de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado e igualmente el Ministerio Público hizo uso del derecho a presentar su concepto sobre el caso en el plazo otorgado para esos efectos.

Pereira, 6 de octubre de 2021.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**  
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEREIRA, TRECE DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO**

Acta de Sala de Discusión No 160 de 11 de octubre de 2021

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 15 de julio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor ÁLVARO VALBUENA SARMIENTO, cuya radicación corresponde al N°66001310500120180023501.

**AUTO**

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que

fue allegado al correo institucional el pasado 28 de septiembre de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

## **ANTECEDENTES**

Pretende el señor Álvaro Valbuena Sarmiento que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos efectuados al interior de ese régimen pensional y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida el 1° de junio de 1983, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de febrero de 1995 cuando suscribió el formulario de afiliación con la AFP Protección S.A.; antes de rubricar ese documento, los asesores comerciales de esa entidad que visitaron las dependencias de la entidad para la que prestaba sus servicios en ese entonces, le aseguraron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, razón por la que tenía que cambiar de régimen pensional; a continuación le dijeron que en el RAIS podía pensionarse anticipadamente y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; así mismo se le dijo que en ese nuevo régimen pensional el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad, en caso de que se presentara su deceso; también le dijeron que era decisión suya acceder a la pensión de vejez o en su

defecto reclamar la totalidad del capital inmerso en su cuenta de ahorro individual junto con el valor del bono pensional; no obstante lo dicho, los asesores comerciales no le suministraron más información que le permitiera tomar una decisión debidamente informada; esos mismos argumentos fueron los que fueron expuestos por los otros fondos privados de pensiones a los que se afilió dentro del RAIS, estando actualmente vinculado a la AFP Skandia S.A..

En documento emitido el 27 de febrero de 2018, la AFP Skandia S.A. le informa que en tiene acumulado un total de \$309.464.271 en su cuenta de ahorro individual, producto de 1388 semanas cotizadas, con las que podría acceder a una mesada pensional de \$2.446.000 a los 62 años, pero, con esa misma densidad de cotizaciones podría alcanzar a la misma edad, una mesada del orden de \$3.481.000 en el RPM.

El 6 de marzo de 2018, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la acción -págs.184 a 191 archivo 01.1 carpeta primera instancia- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que no existen elementos de juicio que permitan entrever que el cambio de régimen pensional efectuado por el afiliado Álvaro Valbuena Sarmiento se hizo bajo un actuar negligente y/o revestido de mala fe por parte del fondo privado de pensiones Protección S.A., lo que implica que dicho acto jurídico deba reputarse válido. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y formuló las excepciones de mérito de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”.

La AFP Skandia S.A. respondió la acción -págs.221 a 240 archivo 01.1 carpeta primera instancia- manifestando que la afiliación del señor Álvaro Valbuena Sarmiento al régimen de ahorro individual con solidaridad se ejecutó de manera libre, voluntaria y sin presiones, esto es, en ejercicio de sus facultades legales y con la libertad de afiliación y selección de regímenes pensionales, motivo por el que no se han configurado los vicios del consentimiento que se aducen en la demanda, añadiendo que en caso de que así hubiere sido, la nulidad relativa que de ello se desprendería habría quedado saneada por el paso del tiempo. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de fondo que denominó “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

A su turno, la AFP Protección contestó la demanda -págs.1 a 32 archivo 01.2 carpeta primera instancia- aceptando que el demandante suscribió formulario de afiliación con esa entidad el 7 de febrero de 1995, trasladándose de esa manera del RPM al RAIS, pero manifestando que el suceso jurídico que significó el cambio de régimen pensional del actor fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que el señor Valbuena Sarmiento no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente

de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

La AFP Porvenir S.A. respondió el libelo introductorio -pags.74 a 94 archivo 01.2 carpeta primera instancia- sosteniendo que ese fondo privado de pensiones cumplió el lleno de los requisitos exigidos para el momento en que el actor decidió afiliarse a esa entidad, sin que se hayan configurado el vicio en el consentimiento que se aduce en la demanda, acotando que en caso de que así hubiere sido, la misma se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil; finalmente informó que esa entidad traslado los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante cuando él pasó a la AFP Skandia S.A.. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación a Horizonte (hoy Porvenir) e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 15 de julio de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Protección S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al afiliado Álvaro Valbuena Sarmiento, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 7 de febrero de 1995; motivo por el que declaró válida y vigente la afiliación

primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó a la AFP Skandia S.A., a la que se encuentra afiliado el actor actualmente, a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de los aportes efectuados a la cuenta de ahorro individual junto con sus intereses y rendimientos financieros, así como el valor del bono pensional en caso de existir.

Seguidamente condenó a los fondos privados de pensiones PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a reintegrar a favor de Colpensiones, la totalidad de los dineros que descontaron al afiliado durante su permanencia en cada una de ellas y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Finalmente, condenó a la AFP Protección S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la demandante.

Inconformes con la decisión, las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

El apoderado judicial de la AFP Protección S.A. sostiene que las providencias emitidas en este tipo de procesos son violatorias del derecho fundamental al debido proceso en lo concerniente al derecho de defensa y contradicción que le asiste a esa entidad, así como violatoria del principio de congruencia, por cuanto los hechos y

pretensiones de la acción elevada por la actora se enmarcaron dentro de la acción de nulidad del acto jurídico que materializó el traslado entre regímenes pensionales y de un momento a otro, en la sentencia, se sorprende a esa entidad al analizarse el caso bajo los presupuestos de la acción de ineficacia que nunca fue planteada por la parte actora y en consecuencia frente a la cual no ha tenido la oportunidad de pronunciarse Protección S.A..

Considera respecto a las condenas económicas emitidas por la *a quo*, en particular lo concerniente a la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima, que son impuestas por imperativo jurisprudencial, desconocen flagrantemente las normas legales, ya que precisamente es que, dando estricto cumplimiento a la ley, se descuentan esos dineros con el fin de gestionar adecuadamente la cuenta de ahorro individual del accionante, además de garantizar el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivientes, así como financiar la garantía de pensión mínima; decisiones que no solamente generan enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial en contra de Protección S.A., sino que con esa jurisprudencia se desborda el principio de legalidad.

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Skandia S.A. sostuvo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Álvaro Valbuena Sarmiento al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la medida en que dentro del trámite procesal, más precisamente con el interrogatorio de parte absuelto por él, quedó demostrado que la AFP Protección S.A. cumplió con el deber legal de información que le asistía para el 7 de febrero de 1995, habiendo cumplido también cada uno de los otros fondos privados de pensiones accionados con el deber de información

que les asistía para cada momento en el que el accionante decidió movilizarse dentro del RAIS, quedando demostrado que fue él quien bajo su propia voluntad decidió permanecer afiliado por más de veinte años en el RAIS, quedando demostrados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, considera que las únicas sumas de dinero que deben ser restituidas a la Administradora Colombiana de Pensiones son las provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, pues las demás fueron cobradas con ocasión de la afiliación al RAIS que en este caso carecería de efectos, agregando que la orden dirigida a devolver los gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, constituyen un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial de los fondos privados de pensiones demandados, quienes lo único que hicieron fue cumplir una orden legal consistente en cobrar esos dineros para destinarlos a la gestión de la cuenta de ahorro individual del demandante, protegerlo frente a los riesgos de invalidez y muerte, entre otras cosas.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que al verificarse el contenido de la demanda, sale a relucir que la inconformidad de afiliado es netamente económica, por lo que de conformidad con lo expuesto en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, la acción que debió incoarse en este evento en donde se reprocha la ausencia de información por parte del fondo privado de pensiones Protección S.A., es la resarcitoria de perjuicios y no la ineficacia del acto jurídico que produjo el traslado entre regímenes pensionales como equivocadamente lo definió la *quo*.

Si ello no fuere suficiente para revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, asegura que en el curso del proceso quedó demostrado que el fondo privado de pensiones Protección S.A. cumplió con el deber legal de información que la ley exigía para el 7 de febrero de 1995, tal y como se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación y lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte.

Finalmente, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se adicione la sentencia imponiéndole a los fondos privados de pensiones accionados un término perentorio para que cumplan con las condenas emitidas en el proceso.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos emitidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 15 de julio de 2021.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Estando dentro del término otorgado, el Ministerio Público por medio del Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social con sede en Pereira, emitió su concepto frente al caso, coincidiendo plenamente con las consideraciones emitidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, razón por la que estima que se debe confirmar en su integridad la sentencia proferida el 15 de julio de 2021.

### **Cuestión previa**

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate

el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

**¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?**

**¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?**

**¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Álvaro Valbuena Sarmiento al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 7 de febrero de 1995?**

**¿Con los movimientos efectuados por el afiliado al interior del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?**

**¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?**

**¿Tienen razón los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que no es procedente ordenar la devolución de los dineros que fueron cobrados al actor por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima?**

**¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido un bono pensional a favor del afiliado?**

**¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?**

**¿Les corresponde a los jueces definir un término perentorio para el cumplimiento de las sentencias?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente:

## **FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL**

**1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.**

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.**”.* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.**” (Negrillas fuera de texto).

## 2. Sobre el deber de información.

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

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

<b><i>Etapas acumulativas</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<i>Deber de información</i>	<i>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</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la</i>

	23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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.

### 3. La suscripción del formulario de afiliación.

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

*“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 y 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 SL19447-2017 la Sala explicó:*

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

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

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

#### **4. Carga de la prueba.**

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

*“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*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.”*

#### **5. Actos de relacionamiento dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.**

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus

actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

Es así, como al abordar el tema en controversia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral expresó:

*“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.*

Y más adelante continuó expresando:

*“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.*

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos,*

*asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

*Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.*

***Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. 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.***

*A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.*

*Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.”*

Después de exponer dicha postura, la Alta Magistratura al descender al caso concreto, concluyó:

*“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.*

*Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.*

*Se insiste, tales comportamientos tácitos de la accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo.”.*

## **CASO CONCRETO**

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la Administradora

Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar el señor Álvaro Valbuena Sarmiento era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°0514279 -pág.33 archivo 01.2 carpeta primera instancia- el señor Álvaro Valbuena Sarmiento se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de febrero de 1995 cuando se vinculó a la AFP Protección S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Protección S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 7 de febrero de 1995 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Álvaro Valbuena Sarmiento en la casilla denominada “*voluntad de selección y afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Álvaro Valbuena Sarmiento, quien dijo estar vinculado actualmente a la AFP Skandia S.A. en su condición de afiliado al sistema general de pensiones, expresó que en el año 1995 fue visitado en su consultorio particular por un agente comercial del fondo privado de pensiones Protección S.A., quien en una charla previa a suscribir el formulario de afiliación, le dijo que era necesario que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad debido a que allí podría obtener unos beneficios que no tenía el RPM, como era el de pensionarse anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta, o que, si llegada la edad mínima prevista en la ley, el no quería pensionarse, podía solicitar la devolución de los aportes efectuados en toda su vida laboral, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional; así mismo le aseguró que en caso de fallecimiento, sus herederos podrían recibir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual; sin embargo, no se le dijo nada más frente a las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones.

En cuanto a los movimientos efectuados al interior del RAIS, indicó que en un primer momento lo hizo hacía la AFP Porvenir S.A. y posteriormente a la AFP Skandia S.A., en donde se encuentra vinculado actualmente, exponiendo que en ambas oportunidades su paso se dio porque los correspondientes asesores comerciales le expresaron que en esas entidades podía percibir rendimientos financieros mucho más alto, asegurando que la información adicional que le fue suministrada por esos agentes comerciales, es que el monto de la pensión sería mucho más alto; no obstante, expuso que en esas reuniones no se le dijo nada más, porque básicamente era para diligenciar y suscribir el respectivo formulario de afiliación.

Ante varios interrogantes efectuados por la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Skandia S.A., manifestó que durante todo el tiempo que lleva afiliado en el RAIS no se le explicó nada sobre el derecho de retracto, ni tampoco sobre el periodo de gracia para retornar el RPM, y en general, no se le explicó nada diferente a lo que indicó en precedencia, agregando que en los últimos años ha solicitado la remisión de los extractos de la cuenta de ahorro individual a la AFP Skandia S.A., quedando sorprendido cuando en un par de meses de la pandemia verificó la información contenida en ellos en donde se dio cuenta que los rendimientos financieros habían sido negativos, perdiendo en dos meses algo más de treinta millones de pesos del saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual, lo cual le pareció inaudito ya que ninguna de las personas que lo entrevistó para afiliarse a los fondos privados le explicó que los rendimientos financieros podían ser negativos y afectar el capital de la cuenta.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Álvaro Valbuena Sarmiento, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 7 de febrero de 1995 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS en dos oportunidades, esto es, hacía la AFP Porvenir S.A. y posteriormente a la AFP Skandia S.A., en donde se encuentra afiliado actualmente, y a que ha estado vinculado a ese régimen pensional durante más de veinte años realizando cotizaciones, lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado por parte de esos dos fondos privados de pensiones, que se le haya puesto de presente al afiliado la información que la ley exigía en cada momento histórico, siendo del

caso señalar que esos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Por lo expuesto, no le asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que sus movimientos y permanencia en el RAIS por más de 20 años hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 7 de febrero de 1995, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de febrero de 1995, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Álvaro Valbuena Sarmiento al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Skandia S.A., en la que se encuentra afiliado actualmente, consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los

emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo determinó el juzgado de conocimiento; por lo que no les asiste razón a los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman en la sustentación del recurso de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los fondos privados de pensiones demandados a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima, como atinadamente lo ordenó la *a quo*; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues

precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación del afiliado a cada una de ellas y que significaron su traslado al RAIS y su permanencia en ese régimen pensional sin haber desaparecido la asimetría de la información que se produjo con el cambio de régimen pensional.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de febrero de 1995, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Álvaro Valbuena Sarmiento, nacido el 30 de junio de 1957 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.5 archivo 01.1 carpeta primera instancia-, por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 30 de junio de 2019, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 30 de julio de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 7 de febrero de 1995, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para posteriormente adicionar ese ordinal en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones Skandia S.A. a restituir la suma pagada por ese concepto,

pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios de ese fondo privado de pensiones.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 7 de febrero de 1995.

En torno al hecho de que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En lo atinente al reclamo hecho por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones relativo a que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de imponer un término perentorio para el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia, pertinente es recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 302 del CGP, la decisión adoptada en las sentencias judiciales deben cumplirse a partir del momento en el que quedan debidamente ejecutoriadas, sin que le sea dable al juez conceder términos adicionales que no están contemplados en la ley; motivo por el que no resulta procedente adicionar la providencia objeto de estudio en los términos solicitados por la entidad recurrente.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor del demandante.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente*

*en la cuenta de ahorro individual del señor ÁLVARO VALBUENA SARMIENTO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

**B. CONDENAR** al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor ÁLVARO VALBUENA SARMIENTO durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.

**SEGUNDO. ADICIONAR** el ordinal TERCERO, con un literal del siguiente tenor:

**“C. CONDENAR** a la AFP SKANDIA S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.”.

**TERCERO. ADICIONAR** la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para

retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 7 de febrero de 1995.

**CUARTO. CONFIRMAR** la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

**QUINTO. CONDENAR** en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  
Magistrado Ponente  
**Aclara Voto**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**  
Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**  
Magistrado

**Firmado Por:**

**Julio Cesar Salazar Muñoz  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 2 Laboral  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Ana Lucia Caicedo Calderon  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 1 Laboral  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goez Vinasco  
Magistrado  
Sala 003 Laboral  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**e5d5b2e6f7e64647529524e97313a0040dc0865105c56454c1d7e240078911a8**

Documento generado en 13/10/2021 09:18:35 a. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**