

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION- SKANDIA
LLAMADA EN GARANTIA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICADO	05001-31-05-005-2022-00220-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCION S.A., SKANDIA S.A.** y en el que se dispuso el llamamiento en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 008**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 29 de noviembre de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante, nació el 18 de abril de 1962, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales (no se indica el año), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1995, luego se trasladó a la AFP SKANDIA S.A., en el año 1998, entidad en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 12 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad del demandante y la vinculación al régimen de prima media el 28 de junio de 1984 y; propuso las excepciones perentorias que denominó: “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA - PARTICULARIDADES DEL CASO, NEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN”

PROTECCION S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 15 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, salvo la vinculación del demandante a la AFP en el año 1995 y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARÁ LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, TRASLADO DE APORTES, INNOMINADA O GENÉRICA"*

La AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda, PDF 14), por medio de dicha respuesta negó los hechos, salvo la afiliación del demandante, en el año 1998, y, formuló las excepciones que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*

En providencia del 21 de septiembre de 2022, se admitió el llamamiento en garantía que formuló SKANDIA S.A. a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA (PDF 18)

La aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA, contestó el mandamiento en garantía, manifestando que la entidad de buena fe, expidió las pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia distinguidas con los números 920140700002 y 9201411900149, que amparaban los riesgos de invalidez y muerte por evento común de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias de SKANDIA S.A., en el entendimiento que esta administradora de pensiones daba cumplimiento oportuno y cabal a sus obligaciones para con sus afiliados. Que la afiliación del demandante a SKANDIA se produjo el 1º de agosto de 1998, y para dicha fecha no pudo estar cubierto por la póliza, dado que la póliza inició su cobertura el 1 de enero de 2007 y la misma estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2018, por lo tanto, con posterioridad a esta fecha, no existía seguro alguno que brindara amparos a ningún afiliado a SKANDIA.

La aseguradora planteó a título de excepciones de mérito: *INEXISTENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA LLAMANTE EN GARANTIA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO Y OBLIGATORIO, EL JUEZ EN SUS DECISIONES DEBE RESPETAR EL IMPERIO DE LA LEY, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES OPONIBLE AL ASEGURADO QUIEN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLO, EL CONTRATO DE AFILIACION DEL DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, LA PRETENDIDA DEVOLUCION DE TODO NO PUEDE COMPRENDER EL IMPORTE DE LAS PRIMAS DEVENGADAS, MI REPRESENTADA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR UNA CARGA QUE CONSTITUYA UN GRAVAMEN EXCEPCIONAL, INVALIDACION DEL ACTO, VALIDEZ, CUMPLIMIENTO Y AGOTAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO, PRIMA DEVENGADA, RESPONSABILIDAD DE SKANDIA, INOPONIBILIDAD DE LA INEFICACIA DEMANDADA, AGOS, COMPENSACIONES Y RESTITUCIONES MUTUAS, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 29 de noviembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria.

Se DECLARÓ que la afiliación al Régimen de Prima Media – RPMPD de JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Pensiones.

Se CONDENÓ a la **A.F.P. SKANDIA S.A.**, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

Se CONDENÓ a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones, lo descontado por comisiones por administración, valor de pólizas previsionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, en proporción al tiempo que estuvo afiliado el demandante.

Se CONDENÓ a **COLPENSIONES**, a recibir los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, que la A.F.P. SKANDIA S.A le devuelva; y lo descontado por comisiones por administración, valor de pólizas previsionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional

que la AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

DECLARÓ la prosperidad de las excepciones de prima devengada; responsabilidad de SKANDIA; inoponibilidad de la ineficacia demandada; e inexistencia de la obligación, debidamente formuladas por la llamada en garantía MAPFRE. A su turno, se DECLARA LA IMPROSPERIDAD de las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Se ABSOLVIÓ a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA. de las pretensiones incoadas en la demanda y del llamamiento en garantía en su contra.

Se CONDENÓ en costas a la A.F.P. SKANDIA S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., Se absuelve a COLPENSIONES y MAPFRE del pago de costas procesales.

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado de la AFP SKANDIA S.A.

Apelación de SKANDIA S.A: El apoderado judicial de la AFP, solicitó que se revoque la totalidad de la sentencia de primera instancia, y se absuelva a la demanda de las pretensiones, bajo los siguientes argumentos:

- i) Expresó que la vinculación del demandante se dio atendiendo a las consideraciones normativas vigente para esa época, siendo el formulario de afiliación el único soporte que debía contener esa decisión libre, voluntaria e informada por el demandante. Además, señaló que la prueba documental que extraña el juez de la primera instancia frente a

los documentos de la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado, pues ésta obligación surgió a partir de la circular 016 de 2016, de la Superintendencia Financiera de Colombia.

- ii) Expuso que no es cierto que la demandada se encuentre en una mejor posición probatoria, ni puede decirse que existe un mejor régimen que otro, pues cada uno tiene sus características, por lo que es claro que el demandante se trasladó al RAIS, para obtener beneficio que el mismo enuncia en el interrogatorio de parte, de su intención de trasladarse a COLPENSIONES, para obtención de un beneficio económico, y a juicio del recurrente, esto no puede ser óbice para entender que existió una falta de información, pues se escapa de la esfera de las administradoras de fondo de pensiones.
- iii) Aseguró a su vez, que el demandante hizo diferentes traslados en los fondos de pensiones y si bien la Corte Suprema de Justicia ha dicho que ello no convalida o subsana el acto inicial, si son diversos los momentos en los cuales el actor tuvo acceso a la información, como por ejemplo de su historia laboral o de sus extractos.
- iv) Señaló que no es posible trasladar las comisiones de administración, pues está claro que la AFP generó buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual del afiliado, con los cuales superaron incluso los generados por COLPENSIONES, lo anterior en línea con lo dispuesto por la Superintendencia Financiera, en donde se hace referencia a la importancia de las restituciones mutuas en caso de ser declarada la ineficacia.
- v) Se pide revocar la orden referente a la aseguradora MAPFRE y en su lugar se ordene la devolución de las primas de seguro previsional, en cuanto fue la aseguradora que recibió los ingresos, por tanto, las sumas de dinero se encuentran en el patrimonio de la misma.
- vi) Finalmente recurre la tasación de las agencias en derecho, bajo la consideración que la entidad no fue la causante del traslado de régimen, y siempre ha actuado de buena fe y en cumplimiento a la normatividad legal vigente.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA**, en el escrito de alegatos de conclusión solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, en lo referente a la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por el Fondo de Pensiones Skandia a la aseguradora y la condena en costas, teniendo en cuenta lo expuesto en el escrito de contestación al llamamiento en garantía y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

Por su parte, el apoderado judicial de **SKANDIA**., reiterando los argumentos expuesto al momento de sustentar el recurso de alzada ante el juez de la primera instancia.

En último lugar, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, dijo que el demandante se encuentra en la prohibición del traslado, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico que no cumple el actor.

Subsidiariamente solicita en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora debidamente indexado.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende al punto objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA S.A., en su recurso de

apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva

administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1984 (PDF 12), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1995 (PDF 15), y luego se trasladó a la AFP SKANDIA S.A., en el año 1998 (PDF 14), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCION S.A.- SKANDIA S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado

asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados el apoderado judicial de la AFP SKANDIA, en su recurso de apelación, ni por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo.

Expuso el apoderado judicial de SKANDIA S.A en su recurso de apelación que al formulario de vinculación no se le puede restar valor probatorio, asumiendo que ese era el único requisito que se exigía para la época. Esta sala no encuentra que esos planteamientos sean ciertos, como quiera que, tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea.

De otro lado, no puede sostenerse que las AFP demandadas, hayan dado un cabal cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, cuando en el plenario no obra ninguna prueba que indique que al actor se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia.

Ahora bien, sostiene el apoderado judicial apelante que el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Dijo igualmente el apoderado judicial de SKANDIA en su interés de que se revoque la decisión de primera instancia, que la permanencia del demandante en el régimen privado y su traslado entre fondos privados, implica la voluntad del actor de permanecer en el RAIS.

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por el apoderado judicial, sugiriendo que el traslado entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica la voluntad del demandante de permanecer al RAIS, cabe resaltar que, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1055 de 2022: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas”*. Se agrega además en la referida sentencia que: *“esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial”*

En el caso en concreto, si bien se corrobora que el demandante ha tenido *posteriores* traslados entre administradoras, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligado a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de SKANDIA respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que el actor la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por el actor en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud del actor se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

De otro lado, llamó la atención de este Colegiado, el apoderado judicial de COLPENSIONES, al momento de presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, argumentando que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el

asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud del recurso de apelación y por la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Por otra parte, el apoderado judicial de SKANDIA S.A. también pidió que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, dada en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, acudió a la tesis de las restituciones mutuas y mencionó que el actor se le han generado frutos, mejoras y rendimientos financieros, lo cual, a su juicio, debe permitirle a la AFP, conservar los descuentos realizados.

Esta sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por el A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre

el valor de las cotizaciones y aportes, sin que pueda entenderse que se está generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

Las órdenes dadas por el A quo se justifican desde el punto de vista de que a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

El otro punto de cuestionamiento planteado por el apoderado de la AFP SKANDIA, gira entorno a que se revoque la orden emitida frente a la aseguradora MAPFRE y en su lugar se ordene la devolución de las primas de seguro previsional, en cuanto fue ésta sociedad que recibió los ingresos, por tanto, las sumas de dinero se encuentran en el patrimonio de la misma.

Al respecto debe señalarse que en este asunto resulta irrelevante que el actor haya percibido la respectiva cobertura de riesgo previsionales, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que el fondo privado asuma las consecuencias económicas de sus omisiones, de su propio patrimonio.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCION S.A.- o SKANDIA S.A., en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PROTECCION S.A.- o SKANDIA S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta Sala advierte que la orden dada por el A quo en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se **ADICIONARÁ**, en el sentido de ordenar a las **AFP PROTECCION S.A.- y SKANDIA S.A.**, remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo solicitó el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso de alzada.

Finalmente, debe desestimarse el disenso del apoderado judicial de la AFP SKANDIA, cuando solicita que se revoque la condena en costas que le fue impuesta por el A quo, al considerar que la entidad no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas impuesta a la AFP, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, lo que ocurrió en este caso.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP SKANDIA S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP PROTECCION S.A.- y SKANDIA S.A.**, remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

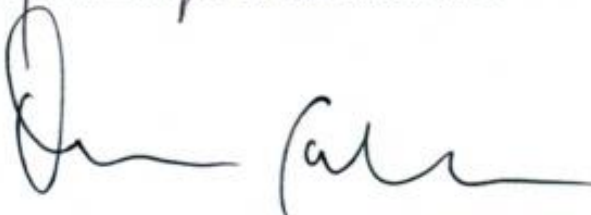
TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP SKANDIA S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **JUAN CARLOS GÓMEZ GIRALDO**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA