

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	DIDIER ROMERO CASTILLO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-001-2020-00004-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Modifica, Adiciona y Confirma

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **DIDIER ROMERO CASTILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 028**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de la Demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 6 de abril 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, quien nació el 30 de septiembre de 1959, nunca perteneció al entonces Instituto de los Seguros Sociales, ya que vino a afiliarse a PORVENIR S.A. en abril de 1994 con la entrada en vigencia del sistema pensional, y en noviembre de 1997 se trasladó a COLFONDOS S.A.

Se duele que los asesores ejecutivos del RAIS no le brindaron 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 en cada uno de los momentos en que lo atendieron para afiliarse a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, 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 dichas administradoras.

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 los fondos demandados trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales realizados incluyendo los rendimientos financieros y sin ningún tipo de

descuento, 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 dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales.

PORVENIR S.A. dio respuesta a la demanda, según se observa la misma en el PDF 5 del expediente digital. A través de dicha réplica indicó que no le constaban los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda, y, formuló las excepciones perentorias de *“PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, y BUENA FE”*.

COLFONDOS S.A. descorrió el traslado de esta acción, según se observa en el PDF 10 del expediente digital.

A través de dicha respuesta, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; negó los hechos de la demanda, salvo la edad del demandante y su afiliación a dicha AFP y, se abstuvo de proponer excepciones de fondo.

COLPENSIONES, hizo lo propio, y su contestación se observa en el expediente digital PDF1, folios 133 y siguientes.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; aceptó la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y su edad, negando los demás hechos, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN MANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, SOSTENIBILIDAD*

FINANCIERA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y LA GENÉRICA”.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 6 de abril de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las administradoras PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

Ordenó a COLFONDOS S.A., como actual administradora pensional del demandante, la obligación de trasladar a COLPENSIONES, sin precisar en qué término, el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, las cuotas de administración y los seguros previsionales, ordenando la indexación de estos últimos tres conceptos. A su vez, le ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los descuentos realizados al demandante por cuotas de administración, los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y las sumas de las primas previsionales, durante las calendas en que el asegurado perteneció a esa administradora, ordenando asimismo la indexación de estos tres conceptos al momento de efectuar dicho traslado.

A COLPENSIONES le ordenó aceptar la afiliación del demandante, recibir las mencionadas sumas y activar su afiliación a prima media sin solución de continuidad, aunque condicionó ese regreso del demandante a COLPENSIONES, requiriéndolo, a efectos que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, radique en las dependencias de COLPENSIONES el formulario diligenciado de afiliación, en caso de que su voluntad sea afiliarse a esa entidad, sin que COLPENSIONES pueda rechazar esa afiliación.

Condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., absteniéndose de imponer condena en costas a COLPENSIONES.

El principal argumento de 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 y 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 las apoderadas judiciales de la Demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Apelación de la Demandante: Si bien estuvo conforme con la declaratoria de ineficacia, mostró disenso con el numeral 2º de la parte resolutive de la misma, en cuanto requirió a la parte demandante para que radique formulario de afiliación ante COLPENSIONES.

Lo sustentó afirmando que la Ley 90 de 1946 creó al Instituto de los Seguros Sociales y estableció que tenía competencia para administrar el régimen de prima media con prestación definida. Agregó que la Ley 100 de 1993 permitió que las cajas y fondos independientes continuaran también haciendo parte de dicho régimen.

Al estar creada COLPENSIONES en la actualidad como la entidad que tiene competencia para administrar el referido régimen, estima que el actor debe regresar a esa administradora, haciendo énfasis en que el actor también estuvo afiliado a CAJANAL EICE, que fue una caja del régimen de prima media con prestación definida que se extinguió.

Hizo mención a las disposiciones legales en virtud de las cuales se extinguió CAJANAL y radican en cabeza de COLPENSIONES la administración

del régimen de prima media con prestación definida y solicitó la modificación de la sentencia en este punto, sin que se le imponga al asegurado la carga de tener qué adelantar gestiones innecesarias para regresar a prima media.

Apelación de COLPENSIONES: Se opuso a la decisión y solicitó su revocatoria integral, en consideración a que considera que en este caso la ineficacia resulta inoponible a terceros como COLPENSIONES, ya que el actor no estuvo afiliado al entonces Instituto de los Seguros Sociales. Solicitó, se tenga en cuenta la certificación de que el actor nunca estuvo en prima media y sus manifestaciones dadas en ese sentido en la diligencia de interrogatorio de parte.

Refiriéndose a la orden que dio la A quo en torno a requerir al demandante para que radique nuevo formulario de afiliación ante COLPENSIONES, considera que ello haría incluso que COLPENSIONES se encuentre facultada para rechazar esa afiliación, por configurarse la prohibición de regreso establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Apelación de PORVENIR S.A.: Se opuso a la decisión argumentando que en este caso no se logró demostrar que la entidad incurrió en una omisión en el suministro de información al asegurado, teniendo en cuenta que, a su juicio, la entidad cumplió con todas las obligaciones que legalmente se exigían. Hizo hincapié en que, para la fecha de afiliación, únicamente se exigía a los fondos que permitieran diligenciar el respectivo formulario de afiliación.

Hizo mención a que, en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante quedó evidenciada una completa apatía o desinterés del actor por su futuro pensional, ya que pretende que sea la entidad la que asuma sus propias omisiones, cuando es una persona capaz y con todo el discernimiento para tomar sus propias decisiones.

Adujo que el demandante tuvo la posibilidad de escoger qué régimen pensional prefería, acogiendo a PORVENIR S.A., porque entendió las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. Considera que

el demandante confesó en el interrogatorio de parte que conocía las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Hizo un paralelo entre los dos regímenes pensionales, de cara al caso concreto, destacando que, así como PORVENIR S.A. debía suministrar asesoría y acompañamiento, también debía hacerlo COLPENSIONES, a efecto de reseñar que en el proceso quedó probado que COLPENSIONES tampoco le brindó asesoría al actor.

Al mencionar que el actor en el interrogatorio de parte adujo que su único interés en la ineficacia era la diferencia económica pensional entre uno y otro régimen, solicitó a este colegiado que no tenga esa circunstancia como causal de ineficacia del acto de afiliación.

Del hecho de que el actor nunca hubiere estado afiliado a COLPENSIONES, concluyó que resultaba imposible haber efectuado una estimación de cual régimen le resultaba más favorable.

Indicó que, si bien el actor manifiesta en el interrogatorio de parte que fue engañado por el fondo, considera que no alcanzó a probar que en realidad hubieren existido engaños. A su vez, considera que la sentencia es incongruente, al no corresponderse con los hechos narrados y con lo que fue demostrado al interior del proceso.

En lo tocante a la orden que se impuso a PORVENIR S.A. de devolver primas previsionales y sumas por gastos de administración debidamente indexadas, se opuso a dicha orden expresando que esos rubros no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del asegurado, en su momento se trasladó el valor de la cuenta de ahorro individual a COLFONDOS S.A. y la indexación ordenada generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que, a su juicio, se estaría echando de menos que el capital del asegurado generó un considerable rendimiento financiero.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, los apoderados de las entidades demandadas y la activa, presentaron alegatos de conclusión, a través de los cuales insistieron en sus distintas posturas. Sus alegatos fueron desde atacar la declaratoria de ineficacia del acto, pasando por el análisis de los vicios del consentimiento, los aspectos facticos y jurídicos por los que la sentencia de primera instancia debe modificarse, confirmarse o incluso revocarse, y haciendo hincapié en el principio de la sostenibilidad financiera de las entidades, cada una de ellas acudiendo a las tesis que sustentan sus intereses.

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 la afiliación por ausencia de asesoría y el regreso a prima media.-

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por las apoderadas judiciales de la Demandante, PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES en sus recursos 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 de establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A. como la primera administradora del régimen privado en pensiones a que se afilió alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos y, si en lo sucesivo su traslado a COLFONDOS S.A., corrió igual suerte.

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 DIDIER ROMERO CASTILLO, nunca perteneció al entonces Instituto de los Seguros Sociales, ya que vino a afiliarse a PORVENIR S.A. en abril de 1994 con la entrada en vigencia del sistema pensional, y en noviembre de 1997 se trasladó a COLFONDOS S.A.

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 (PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 de la asegurada 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”*.

Conforme a estas consideraciones, no le asiste razón a la apoderada judicial de PORVENIR S.A., cuando para oponerse a la declaratoria de ineficacia argumenta que para la fecha en que se afilió el demandante a esa administradora no eran exigibles las obligaciones de asesoría que solo vinieron a implantarse por el legislador en el año 2010. Esta sala no comparte esos argumentos, teniendo en cuenta que las obligaciones de acompañamiento, asesoría y buen consejo a los asegurados a la seguridad social es un elemento de la esencia de los regímenes pensionales y tiene vigencia y aplicación desde la propia promulgación de la Ley 100 de 1993. Es decir, si bien las disposiciones normativas de la época contenían la exigencia del formulario de afiliación, es claro que en dicho documento no se agotan todas las obligaciones profesionales del fondo privado, ya que es necesario que, en cada caso se haga un estudio particularizado de todas las variables que más le convienen al asegurado.

Respecto a los argumentos expresados por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., en el sentido de que en la diligencia de interrogatorio de parte el actor confesó que conocía con suficiencia las características del RAIS, o que solo se encuentra asistido de un inconformismo económico de la mesada pensional en uno y otro régimen, esta sala no acoge esos argumentos, teniendo en cuenta que, al revisarse la diligencia de interrogatorio de parte, no se vislumbra que el actor haya incurrido en confesiones. Si bien, dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se afilió a las administradoras del régimen privado, esas circunstancias no denotan que efectivamente se le hubiere asesorado. De otro lado, si bien, per se, el inconformismo económico no puede ser entendido como una causal de ineficacia, es claro que esa es la arista desde la cual el asegurado valora en concreto la situación, pero es evidente que es la ausencia del cumplimiento del deber de información la causal que origina la ineficacia.

Ahora, el hecho de que el asegurado nunca hubiere estado afiliado a COLPENSIONES no puede deducirse que la entidad se encontrare en imposibilidad de hacer un estudio comparativo pensional de su caso, ya que, de todas maneras el actor ya tenía un historial de servicios prestados a los largo del tiempo, perteneciendo a una entidad que tenía a cargo el reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social, existiendo una base sobre la cual hacer una proyección de qué era lo más conveniente para ese asegurado.

Con relación a los planteamientos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A., en cuanto a considerar que la sentencia de primera instancia es incongruente y escapó a la delimitación fáctica y jurídica que venía determinada por la activa, esta sala no encuentra que ello sea tal, como quiera que es fácil advertir que todo el soporte argumentativo y causal de la demanda apunta al tema de la ineficacia, en los términos resueltos por la A quo.

Con respecto a la apelación de la apoderada judicial de COLPENSIONES, quien, solicitó a este colegiado que se revoque la declaratoria de ineficacia, con apoyo en el hecho de que el asegurado nunca estuvo afiliado a COLPENSIONES, y que la entidad podría incluso negar su retorno, al haber facultado al asegurado a que proceda a diligenciar una vinculación ante esa entidad. Al respecto, esta sala despachará desfavorablemente tales argumentos, en consideración a que, si bien el actor nunca estuvo afiliado a COLPENSIONES, es una persona que desde antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993 hacía parte del régimen de prima media con prestación definida, por pertenecer a una de las cajas, fondos o empleadores del sector público y, en virtud del Decreto 692 de 1994 se entiende automáticamente incorporado a dicho régimen.

Al ser COLPENSIONES la entidad que en la actualidad administra el régimen de prima media con prestación definida, es evidente que le asiste derecho a ser afiliado de COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

En lo que tiene que ver con la afirmación de la apoderada judicial de COLPENSIONES, en cuanto a que el asegurado estaría impedido para retornar

a COLPENSIONES, al encontrarse inmerso en la prohibición de regreso establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, esta sala no acoge esos planteamientos, como quiera que la referida restricción legal únicamente opera para personas que voluntariamente y sin que exista ineficacia decidan cambiar de régimen faltándole menos de 10 años para pensionarse, hipótesis completamente diferente a la que se presenta en este caso.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor DIDIER ROMERO CASTILLO 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 la AFP PORVENIR SA., esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES, encontrándose también afectado de ineficacia su posterior traslado a COLFONDOS S.A.

Ahora, debe decirse que el hecho de que el asegurado haya tenido movilidad en el régimen de ahorro individual con solidaridad no constituye una razón para que se entienda que los actos jurídicos que realizó en el RAIS a través de las mencionadas administradoras, hayan alcanzado a producir efectos jurídicos.

Resuelto lo anterior, es menester desatar la apelación de la parte demandante, referida a su inconformismo con el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia. En dicho numeral, la A quo requirió al demandante para que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, diligencie formulario de afiliación ante COLPENSIONES para que, de ser su voluntad, sea afiliado a esa administradora.

Esta sala encuentra que le asiste razón a la apoderada judicial del demandante, al reprochar de la sentencia imponerle al demandante la carga de realizar dicho trámite.

Es pertinente que se entienda que, para todos los efectos legales el actor sí perteneció al régimen de prima media con prestación definida, antes de que se afiliara a las administradoras del RAIS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Desde este punto de vista, resulta completamente injustificado que al actor se le imponga la carga de tener qué acudir a una nueva afiliación, cuando es claro que la demanda viene tácitamente sustentada sobre una clara elección del actor, dirigida a su interés de retornar al régimen de prima media con prestación definida, haciéndose inadecuado exigirle que diligencia un nuevo formulario, sobre todo, teniendo en cuenta que COLPENSIONES ha hecho parte de esta litis, la cual debe representar la definición del asunto desde todo punto de vista, sin dejar sometidos los efectos de la ineficacia a una validación futura de la voluntad de afiliación por parte del demandante.

En consecuencia, esta sala **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto le impuso al demandante la obligación de radicar un formulario de afiliación ante COLPENSIONES, a fin de que gestione su nueva afiliación, para en su lugar, tener al señor DIDIER ROMERO CASTILLO afiliado a COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de 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, tema que también constituye punto de disenso por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación.

Sostiene la apoderada judicial de PORVENIR S.A. para oponerse a la orden de devolver a COLPENSIONES las cuotas de administración y las primas previsionales debidamente indexados, que esos descuentos no hacen parte de la cotización del asegurado, y que se generaría enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, al permitirle recibir al mismo tiempo un capital con rendimientos, y una indexación adicional.

Esta sala encuentra que no le asiste razón a la apoderada judicial de PORVENIR S.A, por cuanto, a 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. No puede perderse de vista que COLPENSIONES es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de sus prestaciones de la seguridad social y deberá tomar la afiliación sin solución de continuidad en el tiempo.

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 los fondos privados demandados, 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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor. Ahora, en el sub judice no se estaría generando un enriquecimiento sin causa con la orden de devolución de estas cuotas de administración, ya que se trata simplemente de que opere un descuento en favor de la administradora donde siempre ha permanecido el actor, que no es otra que COLPENSIONES, y los rendimientos que la entidad está percibiendo hacen parte integrante de la cuenta de ahorro individual del asegurado y no constituyen los rubros que la entidad puede descontar por la actividad financiera pensional que realiza; por dichas razones no existe tal enriquecimiento sin causa.

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 los numerales 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, resulta insuficiente, pese a que la A quo ordenó a ambas entidades demandadas trasladar, además del capital y los rendimientos, las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas. No obstante, es pertinente adicionar esos numerales, a efectos de que esos traslados económicos se realicen dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán remitir a Colpensiones 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.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES, teniendo en cuenta la desventura del recurso de apelación formulado por dichas entidades. Las mismas serán en favor del señor DIDIER ROMERO CASTILLO, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, a cargo de cada una de dichas entidades.

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: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas que se conoce en Apelación y Consulta, en cuanto le impuso al demandante la obligación de radicar un formulario de afiliación ante **COLPENSIONES**, a fin de que gestione su nueva afiliación, para en su lugar, tener al señor **DIDIER ROMERO CASTILLO** afiliado a **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que se entienda que **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** deben trasladar, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, con destino a **COLPENSIONES**, no solo las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la asegurada con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados estos tres últimos, sino que también deberán remitir a **COLPENSIONES** tales rubros, con 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.

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

CUARTO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a **PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES**. Agencias en derecho: medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022 y en favor del señor **DIDIER ROMERO CASTILLO**, a cargo de cada una de dichas entidades, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

SEXTO: 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
Magistrada



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada