

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JUAN CARLOS TURIZO MARMOL
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00309-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Aclara y Confirma

Medellín, tres (3) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARIA NANCY GARCIA GARCIA 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 TURIZO MARMOL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 017**, 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 PORVENIR S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 13 de marzo de 2023; 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 29 de mayo de 1962, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1985, y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 2004, entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

Se duele que el asesore 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 la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP 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 Descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 10 del expediente digital, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la edad del demandante y la afiliación al régimen de prima media y ahorro individual, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA., IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO QUIEN DEMANDA SE ENCUENTRA PENSIONADO, FALTA*

DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INOMINADA O GENÉRICA.

La entidad igualmente en escrito separado (PDF 11 del expediente digital) formuló llamamiento en garantía a la AFP PORVENIR S.A, y en providencia del 23 de septiembre de 2021 (PDF 14 del expediente digital), el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín decidió negar el LLAMAMIENTO EN GARANTÍA solicitado por la codemandada COLPENSIONES bajo las siguientes argumentaciones: “...El Despacho no observa que exista una obligación entre los fondos que les permita llamarse como garante, para cubrir el posible perjuicio que nazca de la sentencia; pus es bien sabido que dicha obligación debe estar estipulada previamente, bien en un contrato o por disposición de ley, de donde se deduce que no se llenan los requisitos por los artículos 64 y 65 del C.G del Proceso, en concordancia con los Arts. 82 y 83 *ibidem*...

En contra de dicha decisión, el apoderado judicial de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación (PDF 15), insistiendo en la procedencia del llamamiento en garantía solicitado.

En proveído del 01 de julio de 2022, este despacho decidió REVOCAR parcialmente el auto de fecha 23 de septiembre de 2021, en cuanto rechazó el llamamiento en garantía solicitado por COLPENSIONES, para en su lugar, ordenar al A quo a realizar el estudio formal sobre la admisión o no del llamamiento en garantía.

En cumplimiento de lo anterior, el juzgado de primera instancia requirió a COLPENSIONES a aportar poder especial que faculte al apoderado judicial a presentar la demanda de llamamiento en garantía (PDF 23), y como quiera que tal exigencia no fue cumplida, en auto del 01 de septiembre de 2022, se RECHAZÓ la demanda de llamamiento en garantía. (PDF 24)

PORVENIR S.A. Descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 09 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación, traslado y edad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó “PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación que realizara el demandante a la AFP PORVENIR S.A. el 28 de

enero del año 2004, y, en consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales nunca se afilió al régimen de ahorro individual y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media.

ORDENÓ a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar al demandante, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y devolver al régimen de prima media, todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente **indexados** y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS. A la par ordenó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

ORDENÓ a **COLPENSIONES**, reactivar la afiliación del demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por la AFP PORVENIR S.A, y autorizó a la entidad, a realizar un **cálculo de equivalencia** de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo, precisando que el cálculo se contrae a actualizar por corrección monetaria, las cotizaciones que debió recibir desde el momento que el afiliado se trasladó hasta el momento del pago.

El 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 la AFP PORVENIR S.A

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., solicitó que se revoque la sentencia en lo atinente a la indexación que se le impuso a la AFP, respecto de los emolumentos a retornar, como son los gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión

mínima, y en su lugar, se tenga en cuenta que, ordenar la indexación junto con la devolución de los rendimientos financieros, se estaría generando una doble condena o una doble sanción para la AFP.

Para fundamentar el recurso de alzada, la apoderada judicial de la AFP se apoyó en la sentencia de la Corte Constitucional C 00161 del 13 de mayo de 2010, y la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, precisando que la indexación es la actualización monetaria y deja por fuera aspectos subjetivos que pretenden mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial; y que además la indexación es una simple actualización de la moneda para contrarrestarla devaluación de la misma por el transcurso del tiempo.

Expuso a su vez la apelante que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondo de pensiones, se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, lo que a su juicio, resulta incompatible ordenar a la AFP a indexar los conceptos a retornar, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, contrario a ello, se han generado unos rendimientos financieros que superan con creces los mínimos establecidos en la ley.

Finalmente el recurrente hizo mención a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín con radicado 050013105012202000165 del 26 de enero de 2023, en donde se revocó la sentencia de primera instancia, en lo relativo a la indexación impuesta a un fondo privado en los emolumentos a devolver, teniendo en cuenta que con el traslado de los rendimientos financieros que se incluyen, los frutos e intereses, se está compensado cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se pudo haber agotado en los emolumentos a retornar.

Alegatos de la AFP PORVENIR S.A.

El apoderado de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, pidió que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado.

También aseveró que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts.

243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Aseguró que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP PORVENIR S.A., con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso

Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIR GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENAN a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”*

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a Porvenir S.A. que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

COLPENSIONES

El apoderado judicial de COLPENSIONES, manifestó que en el presente caso se aprecia que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose que de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se han realizado las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador, para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre transgrede parte del objetivo de la norma analizada por la alta corte (Ley 797 de 2003, artículo 2), puesto que se pone en

riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de éste al régimen público.

En último lugar pidió que, en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicitó que se ordene a la Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

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 PORVENIR 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 la AFP PORVENIR S.A, 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 TURIZO MARMOL, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1985 (PDF expediente administrativo), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2004 (PDF 09 folio 79), entidad en donde se encuentra actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, 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 la AFP convocada a juicio (PORVENIR) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor, con suficiencia en su proceso de traslado, en el momento en que fue atendido para afiliarlo.

Ahora, 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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JUAN CARLOS TURIZO MARMOL**, 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 traslado a la AFP PORVENIR S.A., 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 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, aspecto que es objeto de apelación por el apoderado de la AFP PORVENIR.

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 la AFP PORVENIR 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 la AFP PORVENIR 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...”*.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).* (subraya y negrilla a propósito)

Ahora, el punto de cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, gira respecto a la orden de indexación, pues a su juicio con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Respecto al disenso del apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A.; delantamente esta sala advierte que, en este caso en particular, el juez de la primera instancia: **i)** Aunque no ordenó expresamente la devolución de los rendimientos financieros, éstos se entienden incluidos en la devolución de todos los saldos de la cuenta individual **ii)** ordenó la indexación y **iii)** adicional a ello dispuso, le impuso a COLPENSIONES a elaborar un **cálculo equivalencia:**

*“TERCERO: Se ORDENA a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los saldos obrantes en la **cuenta de ahorro individual del demandante**, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Asimismo, Colpensiones deberá recibir los citados conceptos que traslade y devuelva Porvenir S.A. Para el cumplimiento de esta*

obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

*CUARTO: Se ORDENA a COLPENSIONES-, reactivar la afiliación del demandante y recibir los dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar un **cálculo de equivalencia** de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo. Este CÁLCULO consiste en traer a valor presente las cotizaciones que se causaron desde la afiliación del demandante al RAIS y hasta la fecha efectiva de pago”*

En lo relativo a los **rendimientos financieros** a los que hace referencia el apelante, debe de indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo dispone el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

En lo concerniente a los rendimientos financieros ha dicho la CSJ:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)». (negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, no cabe dudas, que las implicaciones de la ineficacia, llevan consigo ordenar retornar tanto los **rendimientos, como la indexación**, tal y como se dispuso en reciente sentencia de la CSJ SL 584 de 2022:

*“Segundo: Condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta individual de la demandante, **junto con sus rendimientos financieros**.*

*Tercero: Condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

En torno a este cuestionamiento, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir depreciadas los conceptos que se ordenan trasladar. A lo anterior se agrega que la medida de actualización monetaria ha sido reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Como se indicó precitadamente, el juez de la primera instancia en el **numeral 4, ordenó a COLPENSIONES**, realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos, no obstante, la ineficacia del traslado no puede quedar sujeta a un

cálculo de equivalencia de los aportes como lo ordenó el juez de primer grado, pues este no es un efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, y si bien se requieren actualizar dichos aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra COLPENSIONES, la solución acogida por la jurisprudencia del órgano de cierre para conjurar esta problemática ha sido la indexación de los conceptos antes aludidos y la devolución de los dineros que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado junto con sus rendimientos financieros.

En consideración de lo anterior, se **REVOCARÁ** el **numeral cuarto** de la parte resolutive de la sentencia, en relación con el **cálculo de equivalencia** de los aportes a cargo de COLPENSIONES.

Ahora, destaca la Sala relevancia del 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; se advierte que la orden dada por el A quo en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, es suficiente, no obstante se **ACLARARÁ** la sentencia en el sentido de indicar que aunque no se indicó expresamente la devolución de los rendimientos financieros, éstos se entienden incluidos en la orden de devolución de todos los saldos de la cuenta individual del actor.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **JUAN CARLOS TURIZO MARMOL**; las agencias en derecho se fijan en un medio 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: ACLARAR el **numeral tercero** de la resolutive de la sentencia en el sentido de indicar que, aunque no se indicó expresamente la devolución de los rendimientos financieros, éstos se entienden incluidos en la orden de

devolución de todos los saldos de la cuenta individual del actor, por lo indicado en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutive, en relación con la autorización a COLPENSIONES de realizar un cálculo de equivalencia de los aportes, por lo señalado.

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

CUARTO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 y en favor del señor **JUAN CARLOS TURIZO MARMOL**, 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


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA