



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-001-2022-00002-01
Demandante:	Mary Luz Urrea Carvajal
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, noviembre diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de la entidad pública accionada, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 28 de septiembre de 2023, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora MARY LUZ URREA CARVAJAL en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, Radicado 05001-31-05-001-2022-00002-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Mary Luz Urrea Carvajal, llamó a juicio a la AFP Provenir S.A., y a Colpensiones E.I.C.E, pretendiendo se declare ineficaz la afiliación a Porvenir S.A., por lo que no se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual, contando con la posibilidad de escoger fondo de pensiones, en consecuencia, se condene a Colpensiones E.I.C.E. a afiliarla y recibir las respectivas cotizaciones y se condene a la AFP Porvenir S.A., a entregar a Colpensiones las cotizaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que la señora Mary Luz Urrea Carvajal nació el 25 de abril de 1968, que estuvo vinculada a la Rama Judicial y realizando aportes a la UGPP hasta el año 1993, agregando que el 28 de febrero de 2003, la actora suscribió contrato de afiliación a la AFP Porvenir S.A., sin conocer las consecuencias que acarrearía la suscripción del formulario de afiliación, que nunca tuvo un acompañamiento de Porvenir S.A. y que no recibió información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que le permitiera elegir entre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media, de ahí que no se garantizó una afiliación libre y voluntaria.

1.2.- CONTESTACIÓN

Efectuadas las diligencias de notificación y traslado, **COLPENSIONES E.I.C.E**, replicó la demanda, aceptando como cierta la fecha de nacimiento de la actora y la afiliación a Porvenir S.A., señalando no constarle los demás

hechos, por desconocerse los pormenores de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos que terminaron con la decisión de traslado por parte de la accionante.

En defensa de los intereses de la administradora se formularon las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de ineficacia del traslado; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A. ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media; desconocimiento del precedente judicial; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP Porvenir S.A; devolución de los aportes debidamente discriminados; buena fe; prescripción; compensación; la genérica o innominada e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.**, indicó que no es cierto lo narrado en relación a la afiliación de la actora a la entidad, pues la demandante elevó de forma libre, voluntaria e informada, la solicitud de vinculación inicial al Régimen de Ahorro Individual y se le suministró información suficiente, clara y veraz, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, además, se le explicaron las características, ventajas, desventajas y las implicaciones de la afiliación.

En oposición a la prosperidad de la demanda, formuló las excepciones de prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; inexistencia de los perjuicios reclamados; buena fe y compensación.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 28 de septiembre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del acto de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la señora Mary Luz Urrea Carvajal, del día 28 de febrero de 2003, a la AFP Porvenir S.A; ordenó a Colpensiones, tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta; ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar en un término máximo de 30 días, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos tres últimos debidamente indexados, sumas que además deberán ser discriminadas en los términos de la parte motiva; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

Interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión, arguyendo en primer lugar, que la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., fue la afiliación inicial al sistema de pensiones, por lo que el caso no podría tratarse como un traslado de régimen, por lo menos para aplicar la línea jurisprudencial del tema, estando acreditado que la demandante no registra afiliación al ISS hoy Colpensiones, por lo que no debía invertirse la carga de la prueba y debía ser la parte demandante quien debía probar la ineficacia, según el artículo 167 del Código General del Proceso, referenciando la sentencia SL6708 de 2016, SL494 de 2022, SL 1545 de 2022, y la sentencia de agosto de 2023 expediente

97198, y pronunciamientos de diferentes tribunales, que señalan que por tratarse de una afiliación inicial no puede aplicarse la carga informativa en los términos que se señala para la ineficacia del traslado de régimen, pues retrotraer los efectos al estado anterior dejaría a la demandante sin afiliación al sistema general de pensiones, considerando además, que Porvenir S.A., cumplió con los deberes de información en la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

Agregó que la motivación de la demandante para solicitar la ineficacia de la afiliación no es otro que el posible detrimento al momento de la mesada pensional, tema que no está, no siendo beneficioso para ella el traslado al Régimen de Prima Media.

Solicita igualmente, se revoque la condena a retornar los gastos de administración contenidos en el artículo 20 de la Ley 100, porque por parte de Porvenir S.A., se cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada cobertura de los riesgos de invalidez y muerte y en tal sentido la Superintendencia Financiera ha indicado que en estos casos deben respetarse las restituciones mutuas y no debe darse el traslado de los gastos de seguros y cuotas de administración, por lo que dicha condena no resulta coherente, pues de declarar la ineficacia la consecuencia es que el negocio no se ha celebrado jamás y en ese sentido los frutos de la administración de los recursos tampoco se habrían generado, agregó que no es posible la condena a trasladar rendimientos y a la vez la indexación, pues lo que se busca es reponer el detrimento que ha sufrido el valor económico y esto se estaría viendo compensado con los rendimientos.

Por último, solicita se revoque la condena en costas por cuanto Porvenir siempre ha obrado de buena fe y cumpliendo las disposiciones legales y reglamentarias.

Colpensiones E.I.C.E

Interpone el recurso de alzada procurando se revoque la sentencia de primera instancia, tomando como hecho relevante que la demandante no ha estado vinculada al Régimen de Prima Media, trayendo a colación la sentencia SL 1857 de 2023, según la cual, si la actora nunca se afilió al Régimen de Prima Media, no es posible declarar la ineficacia, pues no puede ordenarse el traslado a un régimen al cual nunca perteneció.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, el procurador judicial de la parte **actora**, sostuvo que desde el Decreto 720 de 1994, existe para las administradoras de pensiones el deber profesional de informar, el cual permite al usuario tomar una decisión consciente que corresponda a la información que se le haya brindado por parte de la AFP, por lo que, a su vez, se le genera la carga de la prueba, siendo la AFP quien debe demostrar cual fue la información brindada, no siendo suficiente el solo hecho de firmar un formulario, por lo que atendiendo a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

A su vez, el apoderado de **Colpensiones E.I.C.E.**, solicita se revoque la sentencia, por considerar que la afiliación realizada por la demandante obedeció a un acto libre y voluntario, tal y como se manifiesta en el formulario de vinculación, agregando, que las manifestaciones realizadas por la parte son infundadas, en tanto que no existió dolo, culpa, ni se forzó a la actora a cambiarse de régimen, no cumpliéndose los requisitos para que se declare la nulidad. Aunado a ello. A la demandante le faltan menos de 10 años para el cumplimiento de la edad, por lo que no es procedente efectuar traslado alguno.

Finalmente, el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y de la esencia del acto jurídico, que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por el a quo en la sentencia opugnada, que le brindó a la demandante la información necesaria para que seleccionara el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación según lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado, que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes del actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada.

CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en favor de COLPENSIONES E.I.C.E. en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora Mary Luz Urrea Carvajal nació el 25 de abril de 1968, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 34 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., el 28 de febrero de 2003, conforme al formulario visible a folios 35 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 975 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Porvenir S.A., obrante a folios 36 a 43 del anexo 09 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz la afiliación de la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., pese a ser esta la afiliación inicial de la actora al sistema y no haber pertenecido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los descuentos por seguros previsionales, debidamente indexados?

¿Si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a Porvenir S.A.?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es procedente la declaratoria de la ineficacia del acto inicial de afiliación por incumplimiento del deber de información, ii) por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante a Colpensiones, incluyendo las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los descuentos por seguros previsionales, estos tres últimos debidamente indexados, iii) procediendo la condena en costas a cargo de Porvenir S.A., por resultar vencida en juicio, en consecuencia, la sentencia debe ser CONFIRMADA

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras

pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 28 de septiembre de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, SL 932 del 15 de marzo de 2023 y SL1084 del 22 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la

prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece la afiliación de la señora Luz Estela Cárdenas Cartagena, al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., el 28 de febrero de 2003, conforme al formulario de afiliación glosado a folio 35 del anexo 01 del expediente digital.

No obstante, dicho formulario de afiliación no da cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL932 de 2023); es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad informada del traslado de régimen pensional, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual no es posible atender el reparo presentado por la apoderada recurrente, respecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad que representa.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó en relación a la afiliación a la AFP Porvenir S.A., que en febrero de 2003 se vinculó como escribiente en la Rama Judicial en el Juzgado Promiscuo Municipal del Peñol, allí le entregaron toda la documentación que debía llevar a la oficina de recursos humanos, fue y entregó la documentación, afirmando que nunca tuvo ningún contacto con funcionario de Porvenir S.A., solo con la persona de recursos humanos de la

Rama Judicial, que no tenía ningún conocimiento del sistema pensional colombiano y que no recibió reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad.

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se afilió de forma libre y voluntaria al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ello lo hizo sin haber recibido ningún tipo de asesoría, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, ni del Régimen de Prima Media. Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir S.A. cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, destacando que el cumplimiento de dicho deber de información resulta ineludible, con independencia de que se trate de un traslado pensional o de una afiliación inicial.

De la afiliación inicial

El derecho de información es aplicable en la selección de régimen pensional, tanto para la afiliación inicial, como para los eventos de traslado de régimen, pues no se encuentra ninguna justificación constitucional o legal para excluir de esta garantía a las personas que se afilian por primera vez al sistema

Ahora bien, es cierto que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Porvenir S.A. conlleva a que la situación jurídica de la señora Urrea Carvajal retorne a su estado anterior, con la circunstancia de que la misma, antes del 28 de febrero de 2003, no se encontraba afiliada a ningún régimen pensional, pues aunque se afirma en la demanda que la pretensora laboró al servicio de la Rama Judicial y la actora refirió en el interrogatorio que ello tuvo lugar entre los años 1986 y 1993, que

realizó algunos reemplazos, realizando aportes a la UGPP, dicha situación no logró acreditarse en el plenario.

Sin embargo, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral y para esta colegiatura no hay duda que la voluntad de la demandante está encaminada a seleccionar el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones E.I.C.E., máxime si se tiene en cuenta que mediante derecho de petición fechado del 01 de diciembre de 2021 la actora solicitó a Colpensiones tener como inexistente la afiliación a Porvenir S.A. y como consecuencia, sea afiliada al Régimen de Prima Media, de allí que, sea Colpensiones E.I.C.E., la entidad encargada de recibirla y activar su afiliación al régimen que administra.

Y aunque en la sentencia SL4211-2021 la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “... *al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema*”, y similar postura sostiene dicha Sala de Descongestión en la sentencia SL1857 de 2023, citada por las apoderadas recurrentes, esta Corporación se aparta de dicho discernimiento, en tanto que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, expresamente refiere que cuando la afiliación queda sin efecto, la misma “... *podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”, de ahí que no existe imposibilidad alguna para que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial, la actora pueda afiliarse al Régimen de Prima Media.

En paralelo, conviene memorar que los casos en que las Salas de Descongestión estimen necesario cambiar un precedente o crear una línea de pensamiento (jurisprudencia) deben infaltablemente remitir el proyecto a la Sala permanente para que sea esta la que estudie su viabilidad y pertinencia (ver el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al artículo

16 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-154 de 2016, y la Sentencia CSJ SL593-2021).

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó la AFP Porvenir S.A., a la demandante, al momento de efectuarse la afiliación al Sistema General de Pensiones, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico.

Sobre los efectos de la ineficacia

Ahora bien, atendiendo a la ineficacia que se declara y conforme lo señalado en el párrafo anterior, deberá ordenarse a la AFP Porvenir S.A., proceda a la devolución de la totalidad de los dineros que hubiere recibido en vigencia de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional, no siendo posible atender el reparo presentado por la apoderada de la entidad, teniendo en cuenta que estos rubros afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

Lo anterior, por cuanto no puede afectarse, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue la AFP Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo la entidad en la cual se encuentra activa la afiliación de la demandante, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Debe relievase que los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por la afiliada, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Similar postura se sostuvo más recientemente en la sentencia SL 1084 de 2023, al sostener:

“De igual modo, dicha entidad deberá devolver a Colpensiones 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022)”.

Sobre la indexación

Teniendo en cuenta la inconformidad presentada por la apoderada de Porvenir S.A, en relación a la indexación ordenada, debe señalarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la

estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual no es posible revocar esta orden.

Costas a cargo de Porvenir S.A.

Finalmente atendiendo al reparo efectuado por la apoderada de Porvenir S.A., debe recordarse que la imposición de la condena en costas obedece a un criterio objetivo conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, procediendo esta condena en contra de la parte vencida en juicio, y en tal sentido, se encuentra acertada su imposición a Porvenir S.A., máxime cuando dicha entidad, no acreditó el cumplimiento al deber de información al momento de la afiliación de la actora.

Colofón de lo anterior, se impone la confirmación íntegra del fallo.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de alza interpuesto; se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 28 de septiembre del año en curso, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARY LUZ URREA


CARVAJAL en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

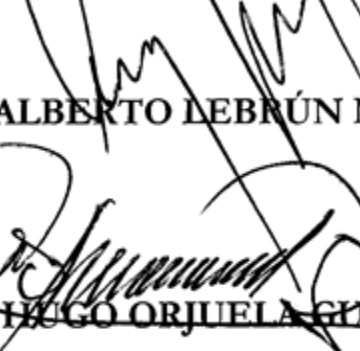
2.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, en favor de la actora.

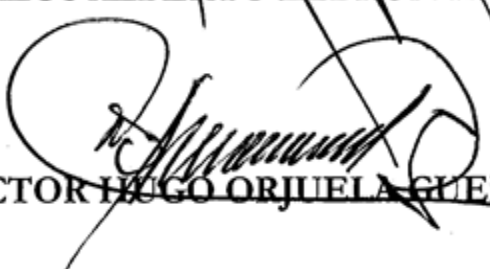
3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO