

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME EDUARDO CÓRDOBA NARVÁEZ
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-003-2018-00320-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - NULIDAD del traslado del RPM al RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.

1. ASUNTO A TRATAR:

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado

ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados judiciales de Porvenir y Colpensiones y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia Nro. 034 proferida en primera instancia el dos (02) de diciembre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **Se declare** la nulidad absoluta del traslado del RPM hacia el RAIS administrado por la sociedad PORVENIR. **Se condene** al pago de costas y agencias en derecho. **Se declare y ordene el traslado** de todos los valores con sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado en la cuenta de ahorro individual.

Como **fundamento facticos**, señala que estuvo afiliado al ISS desde el 21 de enero de 1981 hasta el 3 de diciembre de 1996 cotizando un total de 295 semanas al RPM.

Que a partir del 1 de enero de 1997 fue trasladado a la AFP Horizonte hoy PORVENIR, sin la debida asesoría y vicios en su consentimiento y que en septiembre de 2018 acudió a esta para que le entregaran un resumen de su cuenta de ahorro individual y se dio cuenta que la pensión no era igual a la del antiguo ISS hoy COLPENSIONES, y que la AFP Porvenir le dijo que recibiría una mesada de \$1.048.700.

2.2. Contestación de PORVENIR S.A.:

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderada judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, aduciendo que han transcurrido mas de 22 años desde el traslado y que en esa época Horizonte era una administradora ajena a Porvenir, hasta la fusión de éstas en enero de 2014.

Aduce que los asesores de Horizonte no indujeron con engaños al demandante para que se trasladará al régimen de ahorro individual y que el demandante no tiene posibilidades de retornarse al RPM de acuerdo con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003; además de no haberse viciado el consentimiento al momento del traslado.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “asesoría pensional de la administradora” y “la responsabilidad no puede ser fuente de enriquecimiento”.

2.3. Contestación de COLPENSIONES:

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, **se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones**, argumentando que no es procedente la nulidad del traslado de régimen, por cuanto en dicho acto no se presentó ningún vicio del consentimiento y por encontrarse prescrita la acción. Argumenta que en el evento que se declare la nulidad, corresponde a PORVENIR asumir la merma en el capital destinado a la financiación del actor.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “prescripción” e “innominada o genérica”.

2.4. Decisión de primera instancia:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día dos (02) de diciembre de dos mil veinte (2020), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia dentro del presente asunto, en la cual: **Declaró** la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante Jaime Eduardo Córdoba Narváez, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., suscrita el 12 de noviembre de 1996. **Declaró** que, para todos los efectos legales, el afiliado demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Condenó** a la demandada PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante Jaime Eduardo Córdoba Narváez obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido. **Ordenó** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A. y correspondientes al demandante. **Declaró** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se **condenó** en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PORVENIR S.A. a pagar las costas que se liquiden en favor de la demandante

TESIS DEL JUEZ: Afirmó, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de información clara y suficiente en la afiliación al régimen de ahorro individual que hicieran al demandante a través de la AFP Porvenir S.A., teniendo la obligación de hacerlo, hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que proceda la excepción de la prescripción de la acción, así como tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1743 del Código Civil.

Se apoya en los recientes lineamientos de CSJ-SL, los traslados efectuados por los demandantes que deviene en ineficaz, nunca produjo efectos, siendo en este punto preciso recordar además, que las disposiciones en materia laboral, e incluso en la seguridad social, constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del C.S.T. no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

2.5.2. Recurso de apelación de PORVENIR:

El apoderado, con apoyo en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, alega que el demandante “... ..señor Jaime Eduardo **Córdoba eligió de manera libre y voluntaria la Administradora y el régimen pensional al que se deseaba pertenecer** procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponde a la plataforma adoptada por superintendencia financiera a través de la circulares 034 y 037 del 1994 que de conformidad con las normas

mencionadas y en el análisis de estas no se encuentra una argumentación para considerar que no existe prueba veraz y suficiente con la cual PORVENIR acreditara haber informado al afilado sobre las consecuencias de ese traslado derivando a ineficacia de dicho acto.

Adicionalmente respecto a la inversión de la carga de prueba no aceptamos los argumentos esgrimidos la sentencia pues de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política consagra que se presupone un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares y el artículo 835 del Código de Comercio establece: “que se presumirá la buena fe aún la exenta de culpa quien alegue la mala fe o la culpa de la persona o afirme que esta aconteció, conoció o debió conocer determinada acción deberá probarlo”. Era entonces la parte demandante quien este forzado acreditar la actuación de las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, no se ve ajustado a tal parámetro legal máxime cuando la jurisprudencia ha reiterado que el caso de vicios en el consentimiento no se presume.

El fallo que se impugna **ordena a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el capital más los rendimientos financieros**, manifestamos que si en virtud de la declaratoria de ineficacia que conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior esto es que la vinculación al RAIS del señor demandante nunca existió, entonces los rendimientos no deben ser trasladados porque la cuenta pensional del señor Jaime Eduardo Córdoba no existió y en consecuencia estos nunca existieron pues los rendimientos que son propios del régimen de ahorro individual los cuales valga la pena decir fueron liquidados conforme a la Ley 100 de 1993 pues por virtud de esta ineficacia no deben devolverse dichos aportes porque estos pertenecían a un régimen propio y exclusivo que no es el régimen de prima media, por virtud de la efecto retroactivo de la declaración judicial de toda nulidad sustancial, ineficacia en el presente asunto, la sentencia que haga tal declaración debe ordenar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo tal como existían antes del año 1996 y por lo tanto oficiosamente se deben regular las prestaciones mutuas de los contratantes de lo contrario dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil, el fallo que se impugna no reconoce ninguna prestación de PORVENIR todo lo contrario son condenas en contra de PORVENIR.”

2.5.3. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

El apoderado alega que en "... .. este asunto no quedó probado que la AFP haya incumplido con el deber de asesoría... .. al respecto consideramos no se tiene en cuenta por parte del despacho que al momento del traslado del demandante pues no le era exigible a los fondos documentarle estas asesorías a los afiliados por fuera de este formulario de afiliación que se conformidad con la ley era el documento idóneo para aprobar esa asesoría por parte de los asesores de fondo privados y que es toda esta exigencia pues es realmente en estos momentos por parte de la jurisprudencia lo contrario implicaría imponer a los fondos cargas no previstas en el ordenamiento jurídico pues si la ley no les exigía otros documentos como soporte de esas asesorías, mal podría ahora exigírseles cuando han transcurrido más de 23 años cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación teniendo en cuenta que los fondos teniendo la facultad legal para hacerlo han optado por en su momento por no constituir otras pruebas diferentes al formulario de afiliación, prueba de ellos es que en ninguno de sus procesos ellos lo han aportado, así lo han venido manifestando, pues manera de exigírseles otros mecanismos probatorios diferentes al formulario de afiliación en estos momentos pues es prácticamente es obligar a las AFP a lo imposible, de ahí que consideramos que en estos asuntos que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en estos procesos de nulidad del traslado no es porque los fondos no hayan incumplido con el deber de asesoría sino porque hubo un cambio normativo que no se tiene en cuenta por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, por lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en los términos que fue modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 pues no era procedente efectuar declara la nulidad o ineficacia del traslado del demandante pues el actor ciertamente no hace parte de la excepción de la sentencia C 789 de 2002 para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior en el evento en que el tribunal confirme la sentencia solicitamos o manifestamos nuestra inconformidad respecto de la parte resolutive ordenó solamente el traslado del capital y rendimiento **no así las sumas adicionales de aseguradora y gastos de administración** debidamente indexados pues estos valores de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema hacen parte de los valores que las administradoras deben devolver a COLPENSIONES como consecuencia de la ineficacia de la afiliación dada la conducta indebida dice la Corte al momento del traslado del afiliado, para esos SL1688 del 5 de agosto de 2019 en donde la Corte rememorando lo dicho por esa misma corporación 4859 de 2018 la Corte manifestó sobre las sumas adicionales que la

Administradora tiene el deber de devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, este con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1646 del código civil, y frente a los gastos de administración y correspondiente indexación la Corte también en la sentencia la Corte manifestó que la declaratoria de la ineficacia del traslado trae como consecuencias para el fondo de pensiones del régimen de ahorro de individual la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados.

Por lo tanto consideramos que estos dos valores deben ser incluidos en las sumas a trasladar por parte de la AFP mencionando que la providencia AL12 de 2020 RADI 87314 con ponencia de magistrado de Botero Zuluaga la Corte Suprema de Justicia resolviendo un recurso de queja interpuesto por Porvenir, en un asunto donde se le había condenado trasladar el capital acumulado de la cuenta del actor con su respectivos bonos pensionales, rendimiento, frutos e intereses y además los gastos de administración debidamente indexados, señaló que la condena de estos valores al fondo no representan no representan un agravio a PORVENIR pues la carga de traslado a COLPENSIONES de la totalidad del capital acumulado en la cuenta del actor bonos pensionales, rendimiento, frutos e intereses no genera un detrimento a PORVENIR, bajo esta jurisprudencia pedimos que se tengan en cuenta estos valores, teniendo en cuenta que al declararse la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento de obligaciones legales de la AFP no existen razones jurídicas para que esta no traslade a COLPENSIONES tofos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación el demandante máxime cuando así lo viene diciendo la Corte Suprema de Justicia y viene siendo reiterativa en señalar que entre los valores a trasladar deben estar incluidos los gastos de administración sin que para alegarlos especialmente las sumas adicionales sea suficiente manifestar que los mismo no se encuentran en la parte resolutive que ha expedido la Corte Suprema o que dentro del proceso no se haya demostrado que PORVENIR no haya recibió estos valores por estos conceptos, pues la Corte Suprema en ninguna de sus sentencia ha condicionado la procedencia del traslado de las unas adicionales si dentro del proceso no se encuentra acreditado que la AFP no la recibió, cosa diferente cuando ordene su traslado efectivamente si esta esta AFP las recibió pero pues reitero que no es correcto ni acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema, decir que no se trasladan estos valores porque no se acredito que la AFP las haya recibido, porque no retornar la totalidad de los valores que hubiese recibido la AFP por motivo de la afiliación del actor, pues constituye un enriquecimiento sin causa para esta

entidad en perjuicio de COLPENSIONES que además de tener que recibir al demandante pues tendrá que reconocer eventualmente la prestación.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad procesal, se recibieron los siguientes alegatos de conclusión:

La apoderada judicial de Porvenir S.A., solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que el señor Jaime Eduardo Córdoba eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponde a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Agrega que no es procedente trasladar rendimientos financieros como lo ordenó el Juez de instancia, pues estos son propios del régimen de ahorro individual.

La apoderada judicial de Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y absuelva a la entidad, bajo el argumento que en el presente asunto no es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado, en virtud que en el plenario no existe prueba de que se hubiese brindado una indebida asesoría por parte de los asesores de los fondos privados para vincularse a la AFP, y que de conformidad con la carga dinámica de la prueba, la cual no se puede invertir en este asunto, le corresponde al demandante y no a la AFP demandada demostrar la asesoría.

Además, expone que debe tenerse en cuenta que, en el evento en que se confirme la decisión de instancia, solicitó se modifique y/o adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales, también se ordene como valor a trasladar a mi representada, lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y a los gastos de administración debidamente indexados, pues estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado.

La apoderada de la parte demandante, mediante escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, solicitó se confirme la declaración de nulidad y/o ineficacia de la afiliación del demandante, realizada en noviembre de 1996 y que todos los aportes sean trasladados a Colpensiones, en el cual estuvo cotizando antes de noviembre de 1996.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva, no hay objeción alguna por la Sala, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

La Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. En respuesta conjunta a los recursos de apelación propuestos, tanto por la AFP Porvenir S.A., como por Colpensiones, se estudiará:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante, del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

Atendiendo la apelación del apoderado de Porvenir, se responde al alegato de la inversión de la carga de la prueba efectuada por el Juez de Instancia.

Además, también se responde al argumento del apoderado de Colpensiones, al endilgarle error del Juez de instancia, por exigir el deber de asesoría, cuando no había norma vigente sobre esta obligación.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al segundo tema sustentado en la apelación de Porvenir S.A., se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual del actor, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros?

5.3. De la apelación de COLPENSIONES se estudiarán los temas de la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales descontados por la AFP PORVENIR, de la cuenta individual del actor.

5.4. En sede de consulta, se responde a la excepción de prescripción alegada por Colpensiones.

6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y CONEXOS

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia de los traslados del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Horizonte, hoy Porvenir S.A. en el año 1996, incumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

- (i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
- (ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

6.2. Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas*”.

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la

calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

6.3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*.

6.4. En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensionales RPM y RAIS, el legislador dispone las siguientes reglas:

“Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. *El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

(... ...)

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1995:

c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.

6.5. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

“Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores.

Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:

(... ..)

f. Abstenerse de dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ..)

6.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“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... ..**

Y, además, expresamente se dispone que

(... ..) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

6.7. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibídem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

6.8. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la

información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Esta línea de pensamiento, con valor de doctrina probable, se reitera en reciente providencia de la CSJ-SL1440-2021.

6.9. En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

Así lo consigna en la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Esta línea se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019 y sentencia CSJ-SL1440-2021.

7. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas, sin tachas, se obtienen los siguientes hechos probados:

7.1. Está probado con el formato denominado: “*solicitud de vinculación o traslado*”, con número 615011, obrante a folio 04 del expediente digital de primera instancia, que el señor Jaime Eduardo Córdoba solicitó ante el AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el traslado de régimen pensional, en noviembre de 1996.

Lo anterior, se armoniza con la información consignada en el certificado de ASOFONDOS y la relación histórica de movimientos en Porvenir, de la cuenta individual del actor.

7.2. De acuerdo con la historia de cotizaciones aportada al proceso a folios 10 y siguientes de los anexos de la demanda, el señor Jaime Eduardo Córdoba aparece afiliado al entonces ISS, desde el 21 de enero de 1981 hasta 03 de diciembre del 1996,

cotizando un total de 295 semanas durante ese período, siendo su estado de afiliación actual: TRASLADADO.

CONCLUSIONES:

1. Probado está, el demandante estuvo afiliado y cotizando para pensiones en el extinto ISS, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Bajo estas normativas, el actor se encontraba afiliado al RPM desde enero de 1981, hasta su traslado al RAIS en noviembre de 1996 por intermedio de la AFP Horizonte hoy Porvenir.

2. Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que los asesores de la extinta AFP HORIZONTES le hubiesen dado a conocer al actor en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión, la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida

información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada.

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

4. La Sala no comparte los cuestionamientos del apoderado de Porvenir, al endilgarle al Juez de Instancia errores por haber aplicado la tesis de la CSJ-SL, en asuntos similares, de la inversión de la carga de la prueba respecto del deber de asesoría, por cuanto simple y llanamente el Juez cuestionado acudió a la doctrina probable vigente sobre este asunto, que explica con claridad las razones de tal conducta procesal, al estar en presencia de negaciones indefinidas provenientes del demandante sobre la omisión de la debida información a cargo de la AFP, por una parte y por otra, al hecho de que las pruebas de la asesoría, al actor, para que tomara la decisión del traslado, están en poder de la AFP, tal cual se explica con detenimiento en la sentencia SL1688-2019 y en el aparte (iii) de la sentencia CSJ SL1452-2019, atrás reseñado en el numeral 6.8.

5. A su vez se desestima el argumento del apoderado de Colpensiones sobre la inexistencia de la obligación de la AFP HORIZONTES de la debida asesoría, para el año de 1996 cuando se realizó el traslado, toda vez que para ese año sí estaba vigente tal obligación legal, tal y como lo explica la CSJ-SL en la sentencia CSJ SL1452-2019, al analizar la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, prevista en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la

Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993.

Estas normativas deben interpretarse, además, en concordancia con las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, al no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.

6. Igualmente, no se acoge el alegato de la vigencia actual del traslado, por el hecho de la permanencia del actor por varios años en el RAIS, simple y llanamente, porque el acto o negocio jurídico del traslado de régimen pensional, siquiera nació al mundo jurídico.

Conforme a todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado, objeto de impugnación.

8. RESPUESTA AL SEGUNDO TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS.

La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Porvenir S.A., dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre los dos regímenes pensionales, las cosas retornan al estado anterior, como si tal negocio de traslado no se hubiera realizado y por lo tanto, contrario a lo alegado por la apoderada de Porvenir, sí procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los rendimientos financieros obtenidos en favor del afiliado, porque se trata de los frutos que por mandato legal, son de propiedad del afiliado.

Es decir, el juez acertó en cuanto estableció que Porvenir debe retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, con sus rendimientos financieros, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

8.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones o aportes para pensiones y sus respectivos rendimientos financieros.

8.2. A su turno, según el literal a) del artículo 60 de la misma ley, el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS, dependerá del capital que se obtenga de la sumatoria de los aportes de los afiliados y empleadores, más los **rendimientos financieros** obtenidos, que conforman la cuenta individual del afiliado, manejada por la Administradora, como lo dispone el literal b) de la misma normativa, pero bajo la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo del afiliado, como lo define el literal d) del mencionado artículo 60.

8.3. Conforme con estos parámetros legales, existe suficiente claridad, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, éste es el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución del capital existente en la cuenta individual, se entiende incluidos los rendimientos financieros, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, tal cual está previsto en el literal a) del citado artículo 60.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero de la sentencia impugnada, se

encuentra conforme a derecho, sin que tengan vocación de prosperidad los argumentos expuestos por la parte recurrente Porvenir S.A.

9. DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APELADO POR COLPENSIONES:

Tesis de la Sala: de conformidad con el recurso de apelación de Colpensiones resulta procedente adicionar la sentencia de primera instancia, en primer lugar, porque en la sentencia impugnada no se profirió la condena a la devolución de los gastos de administración de la cuenta individual, descontados por la AFP PROVENIR S.A. y de otra parte, con tal omisión se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Las razones que apoya esta tesis, son:

9.1. Al examinar las órdenes emitidas en el fallo impugnado, se puede advertir, el Juez de Instancia no condenó en forma expresa a la devolución de gastos de administración por parte de PORVENIR S.A. y con tal omisión se causa detrimento e inestabilidad financiera de la AFP Colpensiones, toda vez que los gastos de administración forman parte del capital que debe ser trasladado por la AFP PORVENIR S.A., con el cual se va a financiar la pensión del actor y en el evento de no trasladarse la totalidad del capital de la cuenta individual se produce un detrimento o desmejora a la AFP COLPENSIONES, porque ingresa al fondo común una suma inferior a los aportes que hubiera recibido, de no haberse producido el traslado, que al declararse ineficaz, trae consigo el retorno de la totalidad de las

cotizaciones, incluidos los gastos de administración que se descontaron de esos aportes.

9.2. En punto a la devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, resulta procedente, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

“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. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, se debe adicionar, para incluir la devolución de los gastos de administración por parte de la pasiva PORVENIR SA, a Colpensiones.

10. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS SUMAS ADICIONALES.

Tesis de la Sala. En cuanto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, se confirma la decisión del juez de instancia de no condenar a trasladar las sumas adicionales,

porque solo opera como obligación para las aseguradoras con las que contrata el seguro colectivo para cubrir las pensiones de invalidez y sobrevivientes, conforme a las siguientes razones:

10.1. Las “sumas adicionales de la aseguradora”, se trata de un rubro que sólo opera como obligación para las aseguradoras con las que se contrata el seguro colectivo y de participación para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

10.2. En efecto, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional, si a este hubiere lugar, y la “suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”. Esta mesada adicional, que señalan de manera expresa, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Así las cosas, es claro que, el rubro denominado sumas adicionales, solo tiene vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes; siempre que el capital y rendimientos, existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no alcancen para sufragar este tipo de pensiones.

Es ésta la contingencia que protege la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivos y de participación (artículo 108). En este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, por lo que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones las “sumas adicionales de la aseguradora”.

Así las cosas, se confirma la decisión del juez de instancia de no condenar a trasladar las sumas adicionales de la aseguradora.

11. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2000.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.

Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

En la sentencia en mención, se afirma:

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)*

En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el

paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, y SL1440-2021.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado.

12.- COSTAS

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante – PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

No procede la condena en costas en esta instancia en contra de Colpensiones, en tanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

13. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal tercero de la Sentencia Nro. 034 proferida en primera instancia el dos (02) de diciembre del año dos mil veinte (2020), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la pasiva AFP PORVENIR S.A. la devolución y entrega a Colpensiones de los gastos de administración que fueron descontados de la cuenta individual del actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, se **confirma la sentencia** por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a Porvenir S.A., a favor del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

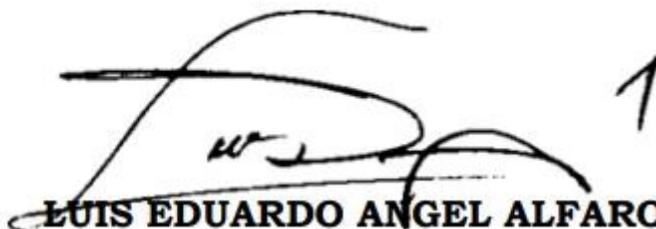
Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

TERCERO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, con la inserción de la copia de la presente providencia, para conocimiento de los apoderados de las partes.

Los Magistrados:



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA