

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno
(2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NUBIA CECILIA SALAZAR
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES PORVENIR S.A. DEPARTAMENTO DEL CAUCA
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2019-00291-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - NULIDAD del traslado del RPM al RAIS –PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE REVOCA PARCIALMENTE 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** interpuesto por los apoderados judiciales de las partes demandadas y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **Se declare** ineficacia y/o la nulidad absoluta del traslado del RPM hacia el RAIS administrado por la AFP Horizonte, hoy PORVENIR, que realizó el 26 de septiembre de 1996. **Se declare** que Porvenir S.A. debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante. **Se declare y condene** a Porvenir a trasladar todos los valores de la cuenta de individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, con los respectivos rendimientos. Se condene a costas y agencias en derecho.

Como **fundamento facticos**, señala que estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca, realizando aportes desde el 10 de agosto de 1990 al 30 de enero de 1996 y le hicieron firmar el formulario de traslado a Horizonte, hoy Porvenir S, por lo que no se afilió en forma voluntaria a ningún Fondo de Pensiones, ni mucho menos a la AFP Porvenir, pues quien la afilió a dicho Fondo fue el Representante de la Ministra de Educación Nacional ante la

Entidad Territorial Cauca, quien en forma inconsulta y arbitrariamente, sin tomarle consentimiento, la fue afiliando al precitado Fondo; quien por mandato de la Ley debió socializarle y explicarle que se iba a realizar un traslado del Fondo de Pensiones del que estaba afiliada y que lo que se iba a hacer era un traslado a un nuevo Fondo, haciéndoles saber también, que, existía el Fondo de Prima Media con Prestación definida como lo era el ISS, y que para su caso era más garantista, que los otros Fondos Privados, explicándole los motivos, los pormenores y las razones de dicho traslado.

Afirma, que el señor Cesar Alveiro Trujillo Solarte fue la persona quien se tomó el atrevimiento de afiliarla a PORVENIR S.A., ya que en el formulario de afiliación solo aparece la firma de dicho funcionario y la firma de la persona que realiza dicha afiliación; formulario que es diligenciado el día 26 de septiembre de 1996, y la comunicación que se le envió por el señor Cesar Alveiro Trujillo Solarte, se da el día 27 de septiembre de 1996.

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 la afiliación de la demandante se originó en aplicación del artículo 25 del Decreto 692 de 1994, pues ante la ausencia de manifestación voluntad de pertenecer a un administradora, la ley otorga al empleador la facultad de que el empleador pueda consignar los aportes en la administradora que este seleccione a fin de que no incurra en mora y cumpla con la obligación señalada en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene, en todo caso queda en cabeza del trabajador la potestad de trasladarse con posterioridad de régimen o administradora y la demandante No ejerció su postead de traslado por lapso de 20 años.

Que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estén en capacidad de resolver las dudas que puedan presentarse.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “Prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, y “debida asesoría del fondo”.

2.3. Contestación de COLPENSIONES:

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, **se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones**, argumentando que se evidencia material probatorio que su afiliación se realizó de manera voluntaria, máxime si se tiene en cuenta que la actora estuvo aproximadamente 24 años en dicho régimen.

Aduce que no es procedente el traslado al régimen pensional de conformidad con lo establecido en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el que establece que los afiliados al sistema general de pensiones solo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el

mismo y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “Inexistencia de la obligación”, “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”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “prescripción” e “innominada o genérica”.

2.4. Contestación DEPARTAMENTO DEL CAUCA

a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, **se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones**, argumentando que no le constan los hechos de la demanda y no obró por intermedio de su Secretario de Educación, como un ente de decisión, sino en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 y el Decreto 2831 de 2005.

Aclara que la función de reconocimiento y pago de la pensión le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Sociedad Fiduciaria la FIDUPREVISORA de acuerdo al Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 y como excepción de fondo propuso la que denomino “inexistencia de la obligación”.

2.5. Decisión de primera instancia:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día

tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar, en la cual: **Declaró** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que a partir del 02 de enero de 1996 se atribuye a la señora Nubia Cecilia Salazar Burbano, a través de la AFP HORIZONTE fusionada con PORVENIR S.A., ante la inexistencia de su consentimiento libre, voluntario en la escogencia del régimen de ahorro individual; **declaró** que la señora Nubia Cecilia Salazar Burbano siempre conservó su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia, **condenó** a PORVENIR SA, como ultima administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara. **Negó** la excepción de prescripción propuesta en cada uno de estos procesos

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado al régimen de ahorro individual de la demandante, la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a entregar a la actora, previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que tuviera la condición de ser libre y voluntaria, como lo exige la Ley 100 de 1993; y que partiendo de lo afirmado por el extremo activo, se invirtió la carga de la prueba, correspondiendo al fondo demandado demostrar que sí se cumplió con esa obligación.

Afirmó, ante la ausencia de consentimiento libre, voluntario en la escogencia del régimen de ahorro individual por parte de la demandante, en tanto fue el empleador quien escogió su

régimen pensional, estando en contravía del ordenamiento jurídico, 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. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR:

En resumen, inconforme con la decisión, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar: (i) que el fondo de pensiones actuó de buena fe, realizó todas las gestiones para la correcta administración de los aportes depositados en la cuenta individual y obtener los rendimientos financieros; (ii) que en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 una parte de la cotización realizada por la actora se destina para cubrir los gastos de administración, seguros provisionales y sumas adicionales y la AFP no está obligada a devolver ninguno de dichos dineros; (ii) solicita que se dé aplicación “... al artículo 7 del decreto 3995 de 2008 y se mantenga un equilibrio y el respeto a los principios constitucional establecidos en el artículo 28 de la Constitución referente al principio de sostenibilidad financiera y también al principio de seguridad jurídica porque reitero que PORVENIR ha actuado con la más

absoluta buena fe y en cumplimiento de todos los requisitos y reglamentos establecidos por el sistema de ahorro individual.”.

2.5.2. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

En resumen, la apoderada judicial de Colpensiones solicita se revoque la sentencia, al considerar (i) con la declaración de ineficacia del traslado se produce una afectación a la sostenibilidad financiera del fondo, aún se ordene el traslado de toda la cuenta individual; (ii) que se desconoce la sentencia C1024 de 2004, en la cual se declaró exequible el artículo 2 de la Ley 797 “... .. en consideración a que el periodo de permanencia obligatoria está previsto conduce a la obtención de un beneficio directo en favor de los sujetos en que se aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales ya mencionados, ayuda preservar los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas, de manera puntual en la aludida providencia la Corte recordó que el derecho a la libre elección de los distintos regímenes pensionales previsto en la ley no constituye un derecho absoluto y por el contrario admite el señalamiento de algunas excepciones que por su misma esencia pueden conducir a diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como el generoso miento de límites para hacer efectivo el traslado entre regímenes pensionales, por tal motivo se solicita que se estudie por parte de los magistrados la declaración de ineficacia por los problemas que conlleva como ya se explicó a mi representada.”.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Los apoderados judiciales de **Porvenir S.A., Departamento del Cauca y de la demandante Nubia Cecilia Salar**, a pesar de estar notificados en debida forma, guardaron silencio, de conformidad con la Nota a Despacho firmada por el Secretario de esta Sala Laboral.

El apoderado judicial de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y absuelva a la entidad, y declare probadas las excepciones de fondo propuestas, bajo el argumento, en cuanto a la selección de régimen es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien expresa su consentimiento al momento de la vinculación o traslado, tal como ocurrió en el presente asunto, y que, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso.

Además, expone que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento del traslado de régimen y posteriormente, la firma del formulario de afiliación, por lo que considera no se configura los elementos que permitan que pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida.

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.?

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados por Colpensiones sobre las consecuencias jurídicas de la permanencia del actor en el RAIS y los riesgos a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

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 de la actora, también traslade a Colpensiones los gastos de administración, seguros provisionales y sumas adicionales de las aseguradoras?

5.3. En sede de consulta, se revisa la negativa de la declaración de 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 del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, por la carencia total del consentimiento de la demandante, para el traslado al RAIS.

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 el 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:

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

“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.”

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 1996:

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 1996, 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.º 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” número 799159, obrante en la página 26/54 del expediente digital de primera instancia, que la señora Nubia Cecilia Salazar fue trasladada a Horizonte, hoy Porvenir S.A., en septiembre de 1996, toda vez que en el mencionado documento sólo aparece la firma del representante de la Ministra de Educación, Cesar Alveiro Trujillo Solarte.

De igual forma, visto en la página 27/54 aparece oficio de fecha 27 de septiembre de 1996, dirigida a la demandante por parte del representante de la Ministra de Educación, Cesar Alveiro Trujillo Solarte, quien informa que “por razones de índole legal,

se ha procedido a hacer uso de la denominada vinculación automática por parte del empleador al Fondo privado de Pensiones Horizonte.”

Sobre el traslado y cotizaciones al RAIS, se armoniza con la información consignada en el certificado de ASOFONDOS (pág. 20/63) y la relación histórica de movimientos en Porvenir, de la cuenta individual de la actora.

7.2. De acuerdo con la historia de cotizaciones y los bonos pensionales aportados al proceso en la página 5/54 y siguientes, de los anexos de la demanda, la señora Nubia Cecilia Salazar estuvo afiliada a la Caja de Previsión del Departamento del Cauca y cotizó desde el 10 de agosto de 1990 hasta el 01 de enero de 1996.

CONCLUSIONES:

1. Se evidencia con claridad y sin asomo de dudas, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante en calidad de servidora pública territorial, venía prestando sus servicios al Departamento del Cauca, desde el año 1990, vinculada a la Caja de Previsión del sector público, hasta el año 1996.

Además, según lo consignado en la contestación de la demanda por parte del empleador Departamento del Cauca, confirma las afirmaciones expuestas en los hechos de la demanda, alegando lo previsto en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994, que reglamenta la citada Ley 100, es decir, hay plena prueba de que el traslado de la demandante del RPM al RAIS se produjo en forma autónoma por parte del empleador y sin el

consentimiento de la actora, en septiembre de 1996, al vincularla al fondo de pensiones Horizonte.

Este hecho no fue controvertido por la pasiva Porvenir al contestar la demanda, ni en el transcurso del proceso.

2. Así los hechos, la Sala estima que el traslado de régimen pensional efectuado por el ente territorial demandado, en forma unilateral e inconsulta con la actora, no puede fundarse válidamente en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994, porque su tenor literal lo impide claramente:

ARTICULO 25. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR EN RELACION CON LAS COTIZACIONES. Los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1o. de abril de 1994, que les informen por escrito, sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora. Lo anterior con el fin de efectuar oportunamente el pago de las cotizaciones y de no incurrir en las sanciones por mora. En el evento de que el trabajador no manifieste su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes, o no seleccione la administradora, el empleador cumplirá la obligación de que trata el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, trasladando las sumas por concepto de aportes a cualquiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones legalmente autorizadas para el efecto, sin perjuicio de que con posterioridad, el trabajador se traslade de régimen o de administradora.

PARAGRAFO. *Los previsto en el presente artículo se aplicará a los empleadores o empresas que no se encontraban afiliados al ISS, caja o fondo de previsión del sector público. No obstante, lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo se aplicará una vez la Superintendencia Bancaria autorice el funcionamiento de dos o más administradoras de pensiones. Lo anterior sin perjuicio de que a partir del 1o. de abril de 1994, el empleador descuenta del salario de sus trabajadores*

los aportes correspondientes, los cuales serán trasladados a la administradora respectiva una vez se efectúe la selección.
(Resaltado fuera del texto)

En la citada normativa se previó la situación de los trabajadores que se vinculan a las empresas, a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, desde el 1° de abril de 1994, garantizando en todo caso el cumplimiento de la obligación del empleador del pago de las cotizaciones al sistema, para lo cual les impuso el deber de solicitar a los trabajadores la información por escrito sobre el régimen seleccionado, previendo en todo caso la posibilidad que en el evento de no obtenerse la manifestación de voluntad por parte del trabajador, poder acudir a la figura de la incorporación automática a efectos de no incurrir en sanciones por mora, situación especial que no podía utilizarse por el ente demandado respecto de la demandante, por su calidad de servidora pública vinculada al sistema de pensiones del RPM, con mucha anterioridad a la entrada en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993.

Además, para esa fecha del traslado al RAIS en septiembre de 1996, ya estaba vigente el Decreto 1068 de 1995, norma especial que reguló las condiciones para la afiliación y/o selección del régimen pensional de los servidores públicos territoriales, como lo dispone el artículo 4°:

“Artículo 4°.- Vinculación al régimen seleccionado. *La selección de 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 dos regímenes previstos en el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del servidor público y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del

formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria.

El formulario debe diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

Para que la afiliación se considere válida el formulario debe estar correctamente diligenciado y firmado por el afiliado, el empleador y la persona autorizada por la entidad administradora de pensiones.”

Según el tenor literal de las normativas en cita, salta a la vista, para que el traslado de régimen pensional de la actora sea eficaz y con plenos efectos jurídicos, era indispensable el consentimiento informado, libre y voluntario de la demandante.

De lo expuesto, se impone concluir que el ente territorial demandado Departamento del Cauca, acudió a una normatividad inaplicable para efectuar el traslado de la actora al régimen de ahorro individual, sin contar con su consentimiento expresado, sin la firma en el formulario de afiliación como se constata en el documento utilizado para tal fin, situación jurídica que NO debió ser consentida por la administradora de pensiones Horizontes, ni Porvenir con posterioridad.

3. Visto lo anterior, la Sala concluye, en el presente caso no queda duda que la AFP HORIZONTES en su momento incumplió las obligaciones legales relacionadas con el consentimiento informado para la eficacia del traslado de régimen, al estar probado que se produjo por iniciativa del empleador y sin la intervención de los asesores de Horizontes, lo que conduce a reforzar la ineficacia de tal negocio jurídico, prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL con valor de doctrina probable.

4. En respuesta a los argumentos expuestos en los dos recursos de alzada, sobre las afectaciones al sistema de pensiones, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, en ninguno de los dos regímenes pensionales, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, provienen de una cuenta individual del RAIS e ingresan a un fondo común administrado por Colpensiones, con los cuales se financia el reconocimiento del derecho pensional a la actora, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020) y se generen los riesgos de la sostenibilidad de cualesquiera de los dos regímenes pensionales.

9. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA Y DE LOS VALORES PAGADOS POR LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PROVISIONALES

Tesis de la Sala. En cuanto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, procede revocar la decisión del Juez de Instancia de la condena a Porvenir de 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.

Respecto a los valores pagados por la AFP PORVENIR por concepto de las primas de los seguros provisionales contratados, se considera, no debe ordenarse la devolución, como se explica adelante.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

9.1. De conformidad con 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 señala de manera expresa las normativas en cita, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Acorde con lo anterior, 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, por lo tanto, es ésta la contingencia que protege a la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivos y de participación (artículo 108).

En este caso, como no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, 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 debe revocar parcialmente el ordinal sexto de la sentencia impugnada, que condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones “las sumas adicionales de la aseguradora”.

9.2. En relación con la apelación clara y concreta por parte de Porvenir SA, para que se le exima de la devolución de las sumas

pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, la Sala no avala esta petición, como quiera, si se revisa en lo que corresponde, la parte resolutive de la sentencia de primer grado, se advierte que de forma expresa no se impuso a la AFP demandada ningún tipo de devolución por ese concepto.

Sin embargo, es claro que la orden dada a Porvenir SA, de devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, haciendo alusión expresa a las cotizaciones, da absoluta claridad de que los valores que de la cotización fueron destinados para la contratación y pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, también deben entenderse incluidos en la devolución. Aspecto que la Sala mayoritaria secunda, porque reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta

individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

**10. EN SEDE DE CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES,
SE RESUELVE SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE
ADMINISTRACIÓN**

Tesis de la Sala: Resulta procedente adicionar la sentencia de primera instancia para ordenar la devolución de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, en primer lugar, porque en la sentencia 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 de la actora y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Las razones que apoya esta tesis, son:

10.1. En la pretensión séptima condenatoria de la demanda, se pide en forma expresa la devolución de los gastos de administración, descontados por la AFP PORVENIR S.A, que causan disminución o merma en el capital de la cuenta individual de la actora.

10.2. Al examinar las órdenes emitidas en el fallo consultado, se puede advertir, el Juez de Instancia no condenó a la devolución de gastos de administración descontados por PORVENIR S.A., los cuales forman parte del capital que debe ser trasladado por la AFP PORVENIR S.A., con el cual se va a financiar la pensión de la actora 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.

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

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede negar 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 1996.

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 1° 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 – COLPENSIONES, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

No procede la condena en costas en esta instancia en contra de PORVENIR, 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 REVOCA PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia del tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de no condenar a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las sumas adicionales de aseguradora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal sexto de la Sentencia proferida en primera instancia el tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021), 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 de la actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a Colpensiones, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO** y al correo electrónico de los apoderados judiciales, con la inserción de la copia de la presente providencia para su conocimiento.

Los Magistrados:



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
Con salvamento parcial del voto



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA