

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MILVIA SERNA GAVIRIA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-009-2021-00512-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.003

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°001 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 066 del 06 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MILVIA SERNA GAVIRIA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que se efectuó del RPMPD hacia **PROTECCIÓN S.A.**, teniéndose como afiliado al RPMPD sin solución de continuidad. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y los gastos de administración. **3)** De otro lado, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** validar los aportes que se trasladen e incorporarlos en su historia laboral. **4)** finalmente, deprecia se fulmine condena en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que, se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 01 de marzo de 1999, arguyendo que la administradora del RAIS faltó al deber del buen consejo que le asistía, al no brindarle una información clara y completa acerca de los beneficios y consecuencias que acarrearba su traslado.

Así mismo, sostuvo que el día 02 de noviembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES la aceptación de su traslado al RPMPD, petición despachada negativamente en oficio del 08 de noviembre de esa misma anualidad (f.1 a 3 Archivo 03 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES, INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN Y OTROS CONCEPTOS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*”

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** planteó su defensa desde el argumento relativo a que no es posible declarar la ineficacia de traslado solicitada, en tanto la decisión del demandante fue consciente y libre de todo error. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD A TRIBUIBLE A LA DEMANDADA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE (...)*” (f. 3 a 32 Archivo 09 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 066 del 06 de junio de 2022, decidió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora: MILVIA SERNA GAVIRIA con CC.24’839.392, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. y entendiéndose para efectos pensionales, que siempre estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., que una vez alcance ejecutoria la presente providencia, proceda a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de traslado o vinculación de la demandante MILVIA SERNA GAVIRIA a esa entidad, por el periodo en que estuvo afiliada a la AFP, como lo acumulado en la cuenta individual de ahorros, cotizaciones completas, bonos pensionales, cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales con todos sus rendimientos, que se hubieren causado; conforme lo dicho en la parte motiva de ésta providencias.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, que una vez alcance ejecutoria la presente providencia, a aceptar el retorno y reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad de la demandante MILVIA SERNA GAVIRIA, y recibir todos los dineros que le sean trasladados por LA AFP PROTECCIÓN S.A. condenada, para tenerlos en cuenta a fin que los equivalentes en semanas se vean reflejados en la historia laboral de la asegurada.*

(...)

*CUARTO: CONDENAR en costas en todos procesos: a la AFP PROTECCIÓN S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, para el pago a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante. (...)*”.

## RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión manifestando su desacuerdo parcial respecto de la orden de devolver las cuotas de administración y seguro previsional, descontados durante su tiempo de vinculación al RAIS, en tanto asegura, su defendida realizó una excelente gestión de administración, lo que se evidencia en los altos rendimientos generados al capital allí ahorrado por la afiliada, desconociendo entonces el buen actuar de la entidad, así como el concepto de restituciones mutuas consagrado en el artículo 1746 del C.C., generándose a su vez un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, quien nunca administró la cuenta de ahorro individual de la actora, aduciendo que el descuento de este emolumento se encuentra autorizado por mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, emolumentos que tienen una naturaleza diversa al derecho pensional, por ende son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

De otro lado, refirió que el seguro previsional es pactado con una aseguradora, a quien mes a mes se le pagó para mantener vigentes las pólizas en caso de acaecer un siniestro por invalidez o sobrevivencia, sin que se pueda afectar derechos de terceros de buena fe que ni siquiera se encuentran vinculados al proceso.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó alegatos de conclusión dentro del término legal, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, además de que se adicione en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas teniendo en cuenta la tasa máxima permitida por el acuerdo PSAA16-10554 de 2016 (Archivo 05 ED).

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** anotó que debe modificarse la decisión de primer grado, aduciendo que conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el afiliado puede trasladarse de régimen pensional mediante la suscripción o el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes, es por ello que la solicitud de afiliación o traslado debe ser analizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre selección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; indicando que con dicha decisión, no podrían conservar el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, afirmó que el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagró en el art 2 de la ley 100 de 1993.

Además de lo expuesto, sostuvo que debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, esto conforme

al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, premisa que aplica al caso que nos atañe, teniendo en cuenta que la demandante a la fecha de la radicación de la solicitud de traslado al RPMPD, ya se encontraba inmersa en el limitante temporal de edad, por contar con 52 años de edad, aduciendo a su vez que con la decisión de admitir su retorno al Régimen de Prima Media se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Por último, solicitó que los valores a devolver tales como los i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v), Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, se hagan de manera indexada (Archivo 06 ED).

### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

### CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **MILVIA SERNA GAVIRIA** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó aportes entre 1991 a 1999, para posteriormente, el 06 de enero de 1999, trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** (f. 20 a 24 y 40 Archivos 08 y 09).
- (ii) Que la actora solicitó a **COLPENSIONES**, la anulación de su traslado y afiliación al RAIS trámite negado por esta entidad en oficio del 08 de noviembre de 2021 (Archivo 03 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses.

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Lo anterior les implica a las AFP realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía tal selección, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con

la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 40 Archivo 09 ED), no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, atendiendo su condición de gestores profesionales del sector financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante a vinculación. Un ejercicio sensato que evidenciara para aquel, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, su permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto del afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos

(2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada no hay razón para que ésta no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD respecto de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que, toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben

incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PROTECCIÓN S.A.**, pues pese a lo señalado por apoderado, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** como se sostiene en el recurso de alzada y menos para la parte actora.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En este orden de ideas, de acuerdo con todo lo considerado hasta aquí, y en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe complementarse la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, por lo que se adicionará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que los conceptos relativos a los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sean devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo viene



disponiendo en su jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como se advierte en Sentencia SL4609 de 2021.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito anteriormente, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Por lo expuesto, la **SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No.066 del 06 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recibidos con motivo de la afiliación de la señora **MILVIA SERNA GAVIRIA**, los cuales debe trasladar a **COLPENSIONES**, sean devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA