

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELIZABETH MERCEDES ROMERO SÁNCHEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-001-2020-00307-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.029

Medellín, veintisiete (27) de febrero 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°005 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 116 del 28 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH MERCEDES ROMERO SANCHEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, entendiéndose afiliada al primero. **2)** Que, consecuencialmente, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados al RAIS. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba tales recursos y la tenga como su afiliada.

Fundamentó sus pedimentos en que se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que permaneció vinculada hasta 1995, puesto que para el año 1997, decidió trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCION S.A.**; no obstante, informó que, dentro del trámite de traslado, la asesora de esa entidad no le brindó una información suficiente, toda vez que simplemente le expuso que el monto de la pensión de vejez en el RAIS sería mayor a la que recibiría en el RPMPD, y a una edad inferior, sin que en momento alguno le realizara una proyección detallada de su eventual mesada pensional, donde tuviera en cuenta el valor del bono pensional.

En ese sentido expuso que, de parte de la AFP no le informaron acerca de las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS, al paso que tampoco le fue explicado que el monto de la

prestación en este régimen dependería del monto consignado en la cuenta de ahorro individual, de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios, tampoco sobre la negociación del bono pensional, al igual que, en el caso de no alcanzar el capital suficiente, tendría derecho a obtener la garantía de pensión mínima. A partir de lo dicho, adujo que el fondo desconoció su derecho a recibir una asesoría eficaz, adecuada y completa.

Posteriormente señaló que, en comunicación del 18 de agosto de 2020 remitida por **PROTECCIÓN S.A.**, le fue indicado que en el RAIS la mesada sería de \$983.087, mientras que en el RPMPD ascendería a \$2.889.650, superior en comparación con la primera. Que, en virtud de lo anterior, el 16 de agosto de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación a esta entidad, petición negada por aquella tras argumentar que estaba a menos de diez años de la edad de pensión. (f. 1 a 13 Archivo 03 - 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PROTECCION S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado precedido de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MÚTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN POR FALTA DE CAUSA e 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. 1 a 26 Archivo 02 - 08 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; PRESCRIPCIÓN; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA PEDIR; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS; COMPENSACIÓN; BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 24 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 116 del 28 de julio de 2022 declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. En consecuencia, dispuso:

“(...) SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES, con NIT 900.336.004-7 y representada legalmente por JUAN MIGUEL VILLA LORA, a tener a la demandante válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta como se indicará a continuación.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante (aportes y rendimientos) a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos últimos debidamente indexados, desde el momento en que se descontaron. (...)”

Para arribar a esta decisión consideró la Juzgador que, conforme lo señalado en el artículo 13 Ley 100 de 1993, la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, situación que, de llegar a ser desatendida, puede dar lugar a las sanciones del artículo 271 de la misma Ley, dejando sin efectos dicho acto.

En ese sentido precisó que, sobre la temática, la Sala de Casación Laboral en posición

trazada desde 2008, ha considerado que la falta al deber de información invalida la simple voluntad, siendo necesario que las AFP garanticen que la decisión del traslado fue autónoma y consciente, pues la validez de una decisión de esta índole solo puede justificarse cuando se han explicitado los alcances positivos y negativos de su adopción, por lo que, si la parte no conoce las consecuencias de su determinación, el acto no puede surgir a la vida jurídica, más en asuntos como la seguridad social.

Como refuerzo de sus argumentos recordó los deberes de las administradoras de pensiones establecidos en el Decreto 663 de 1993, Ley 1328 de 2009, la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular 016 de 2016 de la Superfinanciera. Así mismo, memoró que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información incumbe en este caso a la AFP.

Bajo esa idea coligió que, en el particular la AFP **PROTECCIÓN** no logró cumplir con la carga de la prueba en torno a haber brindado la información mínima a la demandante, emanándose de su negligencia la ineficacia del traslado, y por esta razón, debe proceder con la devolución de los aportes efectuados por la actora, y demás conceptos que la Corte y el Tribunal Superior de Medellín, han precisado cuando se trate de negocios jurídicos de esta índole.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que no se interpuso recurso alguno en contra de la sentencia de primera instancia, el presente asunto se estudiará igualmente en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado, aludiendo primero, que la parte accionante cometió un error al solicitar la nulidad y no la ineficacia de su traslado de régimen, cuestiones que tienen consecuencias distintas.

Así mismo recordó que, al tenor del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la demandante pasó por alto las oportunidades regladas en esta norma a efectos de regresar al RPMPD, oportunidades que, según la Sentencia C-1024 de 2004, tienen como objetivo evitar la descapitalización del fondo público, insistiendo que en este caso hubo pasividad de parte de la afiliada, lo que trajo como consecuencia su permanencia en el RAIS.

Por último, expresó que, de mantenerse el sentido condenatorio de la decisión, se ordene a la AFP el traslado de todos los conceptos que reposen en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluyendo los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados (Archivo 03 ED Tribunal).

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

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 **ELIZABETH MERCEDES RESREPO SÁNCHEZ** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1984 y 1996 (f. 18 a 22 Archivo 04 - 01 ED).
- (ii) Que el 21 de julio de 1997 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 35 a 36 Archivo 02 – 08 ED).
- (iii) Que el 16 de agosto de 2019 la actora solicitó a **COLPENSIONES** el traslado al RPMPD, petición negada por esa entidad en comunicado de esa misma fecha (f. 10 Archivo 05 - 01 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 génesis 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 pudiere 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 implicaba 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 estos.

En ese sentido ha prevenido que, la mera firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearba al implicado.

Se desprende de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras 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.

Para el caso concreto, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 35 Archivo 02 - 08 ED), realmente nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearba 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 adoctrinado 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 el afiliado, 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, dada su calidad de gestores profesionales del sistema 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 al posible afiliado, 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 al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúnese 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 cualquiera 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, circunstancia que no emerge del interrogatorio de parte (Min. 20:49 a 38:15 Archivo 12 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

Se observa aquí 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 al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la 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 de la afiliada.

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 la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el 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, estima la Sala 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 el accionante, con lo que se desestiman

los argumentos de las demandadas.

En ese sentido, frente a lo señalado por el apoderado de **COLPENSIONES** en sus alegatos, en punto a que, desde la demanda se solicitó la nulidad del traslado, y, por tanto, no debía declararse la ineficacia, debe la Sala anotar que, el dicho o las manifestaciones imprecisas de las partes no impiden al Juez extractar el verdadero objetivo de las pretensiones y fallar en derecho, caso en el cual, ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que, en asuntos como el estudiado, su análisis no debe efectuarse bajo la lupa de la nulidad (Sentencias SL2884-2021, SL799-2022, SL1055-2022, entre otras) como quiera que, desde el mismo artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció la **ineficacia** como la consecuencia del traslado de régimen no consentido de manera informada. Así, el meollo del asunto radica, no en la verificación de existencia de vicios del consentimiento configurativos de una nulidad, sino corroborar el cumplimiento del deber de información.

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 razones para que **PROTECCIÓN S.A.**, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima 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 **PROTECCION 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 **PROTECCION S.A.**, pues, 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.

Denotando que tal circunstancia 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** y menos para la parte actora.

En este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a las demandadas; no obstante, se considera procedente y a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, adicionar la decisión para ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia por haber conocido el proceso en el grado de consulta.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E


PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia Ordinaria No. 116 del 28 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:


- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplirse con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia consultada.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA