



RAMA JUDICIAL

SALA TERCERA LABORAL DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARTHA CECILIA RESTREPO MARÍN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 023 2019 00859 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No.030

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°005 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, respecto de la Sentencia del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA RESTREPO MARIN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, entendiéndose que siempre permaneció afiliada al RPMPD. **2)** En consecuencia, solicitó condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de las cotizaciones efectuadas durante su afiliación al RAIS. **3)** Así mismo, se ordene a **COLPENSIONES** que reactive su vinculación al RPMPD, reciba los recursos provenientes del RAIS e incluya lo correspondiente en su historia laboral. **4)** De otro lado, peticionó disponer que **COLPENSIONES** decida su solicitud de pensión de vejez conforme a lo dispuesto por el RPMPD.

Como sustento de lo deprecado, manifestó que nació el 19 de diciembre de 1967, afiliándose en pensiones al RPMPD gestionado en su momento por el ISS, entidad en la que realizó aportes entre 1995 y 2001, año en el cual decidió trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

Sin embargo expuso que, al momento del traslado desconocía las consecuencias que derivarían de afiliarse al fondo privado, el que le brindó información errónea y engañosa, omitiendo datos fundamentales en este ámbito, situación que puede advertirse en el hecho de que la mesada en el RPMPD sea superior a la que podría corresponderle en el RAIS, razones por las cuales consideró que el acto de afiliación está viciado.

Que, en virtud de lo anterior, en el mes de julio de 2019 solicitó tanto a **PROTECCION S.A.** como a **COLPENSIONES** que autorizaran el traslado a esta última, petición negada por ambas entidades (Archivo 02 ED).

CONTESTACIONES

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; IMPOSIBILIDAD JURIDICA PAR CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS; BUENA FE y PRESCRIPCION (...)*” (f. 87 a 92 Archivo 00 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación de la demandante acaeció por una decisión libre y voluntaria. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PUBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCION MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER EL SEGURO PROVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O EFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DEECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA (...)*” (Archivo 16 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 22 de junio de 2022 decidió:

“(…) **PRIMERO:** *DECLARAR la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora MARTHA CECILIA RESTREPO MARIN (...), del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, manejado por PROTECCIÓN S.A.*

SEGUNDO: *Ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” todos los valores que hubiere recibido por razón de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la o las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses, amén de los respectivos rendimientos que se hubieren causado, las sumas alusivas al seguro previsional y demás emolumentos integrantes de sus aportes, incluidas las cuotas de administración, en el término improrrogable de treinta (30) días.*

TERCERO: *El posible detrimento que hubiese podido afectar el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por cualquier causa, habrá de ser asumido por la accionada PROTECCIÓN S.A. de su propio patrimonio; es decir, que en modo alguno está situación podrá afectar los intereses patrimoniales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” quien queda eximida de ese riesgo.*

CUARTO: *Ordenar a COLPENSIONES recibir la devolución que está obligada a efectuarle PROTECCIÓN S.A. y corregir la historia laboral de la demandante. (...)*”

Para fundamentar su decisión, la Juzgadora de primer grado tuvo en consideración lo estipulado en el artículo 48 CN, en concordancia con la Ley 100 de 1993, a efectos de anotar que, en los procesos donde se pretende la declaratoria de ineficacia del traslado, la legislación radica en las entidades administradoras de pensiones, la obligación de defender los intereses de quienes se afilian a estas, esto en su condición de gestores fiduciarios, labor que inicia incluso desde la antesala de la vinculación, de tal modo que esas entidades especializadas ilustren a las personas de manera fidedigna y veraz, sino también constante durante el periodo en que estén vinculados a esta.

En ese sentido, a efectos de traer a colación las consecuencias del incumplimiento al deber de información como imperativo legal de las AFP, citó las Sentencias SL1688-2019 y SL3871-2021, ello con la finalidad de reiterar que el fondo estaba en el deber de exponerle al afiliado su situación particular, llegando, si fuere el caso, a desanimarlo de tomar una decisión que lo perjudicase, circunstancia incluso reglada en la Ley 795 de 2003.

De ahí que, al no advertirse del acervo probatorio que **PROTECCIÓN** hubiere suministrado los elementos que le posibilitaran asumir la mejor decisión frente a sus intereses pensionales, circunstancia que no se puede extraer de la firma del formulario de afiliación suscrito, que muestra la existencia de un consentimiento, pero no informado, consideró viable declarar la ineficacia del traslado efectuado por la accionante desde el RPMPD al RAIS, estando en cabeza de la AFP devolver todos los valores recibidos con ocasión de la citada afiliación.

Frente a la petición pensional elevada por la señora **MARTHA CECILIA RESTREPO MARÍN**, anotó que no había lugar a su reconocimiento, en la medida que la citada no había alcanzado la edad de 57 años.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación sustentada, primero, en la Sentencia C-596 de 1997, de la cual dijo, contiene la diferencia entre derechos adquiridos y la expectativa del derecho, precisión que le sirve para relieves que la demandante tenía muchas expectativas al mantenerse en la AFP, sin consolidar un derecho adquirido. En segundo lugar, mencionó la Sentencia T-489 de 2010 que insiste por mantener la sostenibilidad del sistema pensional, pues, desde una perspectiva social, se estaría contrariando la equidad y la justicia material cuando se permite que personas que no han contribuido al rendimiento de los fondos pensionales, se beneficien del mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, el apoderado de la **DEMANDANTE** pidió confirmar la decisión de primera instancia, reiterando la obligación de información en cabeza de las AFP, según lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, aunado a lo expuesto por la Jurisprudencia en Sentencias como la SL1688-2019, SL1421-2019 y SL1948-2021, argumentos desde donde sustenta la ineficacia del traslado (Archivo 03 ED Tribunal).

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna. Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es

el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 a 167 CGP.

Señaló como improcedente la pretensión de traslado, por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad pensional, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en riesgo con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo establecido en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

No obstante manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento alguno (Archivo 04 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 la administradora demandada.

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, así como a revocar la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARTHA CECILIA RESTREPO MARÍN** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1995 y 2001; no obstante, el 17 de abril de 2001 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 30 y 32 a 34 Archivo 00 ED)
- (ii) Que el 10 de julio de 2019 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** autorizar su afiliación al régimen de prima media, petición a la que no accedió esta entidad en comunicado del 13 de julio del mismo año (f. 4 a 8 Archivo 04 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 público y privado de pensiones.

Lo anterior impone a las AFP realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, realizando 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.

Se colige 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.

Surge así que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los 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. 30 Archivo 00 ED), nada logra extractarse 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 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 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. Esta situación, se reitera, les comporta el deber de ofrecer una información pertinente, relevante y suficiente sobre el producto que ofrecen, un régimen pensional, sin que quepa realizar discriminaciones en punto a la información que deben ofrecer, en razón de las condiciones académicas de cada afiliado, pues son los fondos como entes especializados en la administración del sistema pensional, los que tienen asignado dicho encargo, además de ser estos quienes conocen y manejan las particularidades y complejidades de un asunto tan técnico como es el sistema de seguridad social en pensiones, conocimiento que no le es exigible, ni imponible, al aspirante a afiliación del régimen.

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

(Min. 10:03 a 21:22 Archivo 21 ED), 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 la afiliada, 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 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 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 re asesoría, 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 la AFP demandada.

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 esbozado por la apoderada de esa 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 **PROTECCION S.A.**, 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 **PROTECCION S.A.** que también se devuelva lo descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que, al igual que lo concerniente a los gastos de administración y las primas de seguro previsional, las deberá trasladar debidamente indexadas, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, 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, es por lo que se ordenará 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).

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 los aspectos descritos anteriormente, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia pese a la falta de prosperidad del recurso presentado por **COLPENSIONES**, toda vez que, independiente de ello, el proceso fue conocido en el grado de consulta en favor de esta.

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 **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia del 22 junio de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que también devuelva lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA CECILIA RESTREPO MARÍN**, sumas que, al igual que lo correspondiente por gastos de administración y primas de seguro previsional, deberá trasladar a **COLPENSIONES**, debidamente indexadas y con cargo a su propio patrimonio.


- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir 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 apelada y consultada.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA