

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	IRMA MARIA PIMIENTA PORRAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-005-2022-00083-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.027

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. 095 del 01 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **IRMA MARIA PIMIENTA PORRAS** 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. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladarla automáticamente al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, devolviendo todos los aportes realizados, cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos causados. Todo lo anterior, solicitó, detallando cada uno de los conceptos. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que acepte su traslado y los aportes provenientes del RAIS, incorporando estos en las semanas de cotización.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 18 de enero de 1972 afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta el año 2000. Posteriormente expuso que, en el año 2001 decidió trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, entidad que dentro de su estrategia comercial de captar afiliados, arribó a la empresa donde laboraba y efectuó una charla que calificó de deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante, pues, en su caso particular no explicó las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, aunado a que no se dijo nada respecto del bono pensional, pues, por el contrario, le indicaron la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, y que la mesada en el RAIS sería superior

a la que podría percibir en el RPMPD.

Luego, sostuvo que requirió al fondo pensional del RAIS con miras a obtener una simulación pensional en los dos regímenes, arrojando que una eventual mesada en el RPMPD llegaría a la suma de \$2.442.551, mientras que, en el RAIS, alcanzaría la cifra de \$908.526. Que en virtud de lo anterior, el 28 de octubre de 2021 solicitó a **COLPENSIONES** que aceptara su traslado de régimen pensional, petición negada por esta entidad (f. 1 a 8 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: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN - SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES - INDEXADOS; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACION (...)*” (f. 2 a 19 Archivo 13 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A** contestó la demanda manifestando que sus actuaciones siempre han estado ceñidas al principio de buena fe y legalidad, por lo que todos sus afiliados han sido vinculados de forma 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 RESTITUCIÓN MÚTUA EN FAVOR DE LA AFP; 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 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. 3 a 28 Archivo 15 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 095 del 01 de agosto de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. En consecuencia, dispuso:

“(…) **SEGUNDO:** DECLARAR que la afiliación al Régimen de Prima Media – RPMPD de la señora IRMA MARÍA PIMIENTA PORRAS, quien se identifica con la cédula 21.832.917, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Pensiones, según lo establecido anteriormente.

TERCERO: CONDENAR a la A.F.P. **PROTECCIÓN. S.A.** a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados. de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a recibir los aportes que la A.F.P. **PROTECCIÓN S.A.** le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la señora IRMA MARÍA PIMIENTA PORRAS, quien

se identifica con la cédula 21.832.917, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. (...)”.

Gravó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

Para arribar a esta decisión, el Juzgador consideró desde un inicio que, a las Administradoras de Fondos Pensiones, conforme el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, les fue impuesto el deber legal de información y transparencia, aspecto corroborado por la línea Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en tanto se les exige a las citadas entidades brindar una información clara, completa, entendible, indicando lo positivo y negativo de afiliarse al RAIS, con la observancia de una conducta ética que no afecte a los demás. Seguidamente, recordó lo relativo a la inversión de la carga de la prueba en cabeza de las AFP, la inexistencia de convalidación del traslado que no opera en esta clase de asuntos laborales, y la improcedencia de la prescripción en estos asuntos.

En ese sentido precisó que, conforme el precedente contenido en Sentencias SL1451-2019, SL1688-2019 y SL1421-2020, el efecto de la falta al deber de información es la ineficacia del traslado, debiendo la AFP devolver lo recibido con ocasión de la afiliación de la demandante.

A partir de lo expuesto refirió que, de las pruebas practicadas, podría establecerse que la asesoría brindada no fue completa, y tampoco se extendió a los perjuicios que probablemente se le estaban creando a raíz del traslado, procediendo la declaratoria de ineficacia con las consecuencias económicas descritas.

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 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 legalmente establecido, la apoderada de **COLPENSIONES**, presentó sus alegaciones, aduciendo que el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico en el cual se debe basar en el caso en concreto toda vez que la parte demandante solicitó el traslado posterior al cumplimiento de la edad límite establecida, por un descuido imputable al mismo, decidió optar por demandar bajo la figura jurídica que hoy nos ocupa, la cual fue creada con el ánimo de proteger a la personas realmente afectadas, y convirtiéndose a la fecha, en el camino de salida para todos aquellos que tomaron una decisión en su momento, y que al considerarla no acertada patrimonialmente pretenden sanearlo, aclarando que es claro que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener en el Régimen de Prima Media al momento de pensionarse, lo que claramente no es un fundamento legal para que se concedan la pretensiones invocadas tal y como lo hizo el juzgador en primera instancia.

Así mismo, sostuvo que la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento, deben ser probados y no simplemente referenciar que los mismos se presentaron, explicando que en el caso en concreto, el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, ya que la mera afirmación de la actora de lo que aconteció hace tantos años, es decir, el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede ser tomado como cierto absolutamente, agregando que

la accionante es una persona plenamente capaz y apta para obligarse.

Finalmente, señala que, en caso de confirmarse la decisión, se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si la afiliada no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto (Archivo 03 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 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 **IRMA MARIA PIMIENTA PORRAS** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó cotizaciones entre 1993 y el 2000 (Archivo 14 ED).
- (ii) Que el 20 de marzo de 2001 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 37 a 38 Archivo 15 ED).
- (iii) Que el 28 de octubre de 2021 la actora solicitó a **COLPENSIONES** el traslado al RPMPD, petición negada por esa entidad en comunicado del día siguiente (f. 37 a 39 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 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.

Se colige de lo antelado igualmente, que la mera suscripción por el afiliado del formulario de solicitud de vinculación inicial, en la que se contiene la indicación acerca de que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, no denota *per se* una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía tal selección, si ello no se cumplió de esa manera.

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, específicamente del formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 37 Archivo 15 ED), realmente nada se logra extractar 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, 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 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 la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, 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 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. 49:40 a 58:48 Archivo 20 ED), en el cual no se observan afirmaciones de la actora que pueden catalogarse de confesión en los términos del artículo 191 CGP, toda vez que únicamente aceptó haber recibido información sobre las ventajas del RAIS.

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 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 un periodo considerable - 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 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 estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCION 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 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 a la 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 **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 en la alzada, 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 el afiliado, 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 cada una de las demandadas; no obstante, se considera procedente complementar la orden dada en sede de primera instancia, 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, 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 pública 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, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia por haberse 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. 095 del 01 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Quinto 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.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA