



SALA QUINTA LABORAL DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIANA LUCÍA MONTOYA CAMPUZANO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 010 2018 00556 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.243

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

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 QUINTA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°057 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de **COLFONDOS S.A** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última entidad, respecto de la sentencia No. 035 del 10 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARIANA LUCÍA MONTOYA CAMPUZANO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se condene a las AFP demandadas a trasladar los aportes pensionales que realizó, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos. **3)** Que se condene a Colpensiones, a recibirla en el RPMPD **4)**. Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, manifestó la PARTE DEMANDANTE que, nació el 02 de julio de 1965, indicando que al inicio de su vida laboral se afilió al sistema general de pensiones al RPMPD administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES,; acto seguido expresó que, se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por **COLFONDOS S.A.**, entidad que afirma no le brindó un comparativo entre ambos regímenes

pensionales, no se le realizó un estudio individual, previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera conocer las ventajas y desventajas de su decisión, tampoco se puso en su conocimiento el derecho de retracto, ni mucho menos se le explicó a cuánto ascendería el monto de su pensión. Luego, relató que presentó derecho de petición ante COLPENSIONES, pretendiendo el regreso al RPMPD, petición despachada desfavorablemente a través de oficio del 04 de agosto de 2018 (f.1 a 28 Archivo 02 ED).

CONTESTACIONES

La apoderada de **COLPENSIONES** propuso como medios exceptivos: “(...) *INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE REGIMÉN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPMPD, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 104 a 112 Archivo 02 ED).

El apoderado de **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, NO EXISTE PRUEBA DE CAUSAL DE NULIDAD ALGUNA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE COMPENSACIÓN Y PAGO, SANEAMIENTO DE CUALQUIER PRESUNTA NULIDAD DE AFILIACIÓN, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO* (...)” (f.130 a 150 Archivo 02 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 035 del 10 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante **MARIANA LUCÍA MONTOYA CAMPUZANO** del RPMPD al RAIS. Posterior a ello, ordenó a **COLFONDOS S.A.**, efectuar el traslado a **COLPENSIONES** a trasladar el monto del capital ahorrado por la afiliada, esto es, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, contando con un tiempo de treinta (30) días para realizar esta operación. Finalmente, fulminó condena en costas a cargo de **COLFONDOS S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS S.A.** presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la condena impuesta a su representada ordenando devolver los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que, conforme a la buena gestión de su representada se evidencian rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la demandante sin generar ningún perjuicio; resalta que, dichos dineros, no los tiene su representada, porque fueron utilizados para la adquisición de las pólizas de seguros previsionales y de otra parte; se trasladó al fondo de solidaridad, quien entonces debió ser vinculado al proceso con el fin de devolver lo recibido por concepto de la afiliación del demandante, o se tendría por enriquecimiento sin causa en favor de dicho fondo; en el mismo sentido señala que, la orden

de devolver las citadas sumas de manera indexada, se tornaría como una condena en daños y perjuicios en contra de Colfondos, situación fáctica que advierte, no fue discutida en el proceso así como tampoco se arrojó prueba siquiera sumaria para demostrar la causación de un daño, menoscabo o perjuicio de los aportes pensionales de la demandante, porque contrario a ello, se generaron unos rendimientos financieros que fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, entendiéndose entonces que al devolver las cotizaciones, más los rendimientos, se devuelve el 100% de la base de cotizaciones y los intereses, por lo que solicita, se haga una ponderación de lo descontado por gasto de administración y los rendimientos financieros, resultando superiores estos últimos, por lo que no habría lugar a generar una condena en contra del patrimonio de la AFP; finaliza indicando que, se debe tener presente que su representada siempre ha obrado de buena fe y de conformidad con la normatividad vigente y máxime cuando este tema debe ser discutido a la luz de una responsabilidad civil.

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se adicione o aclare el fallo, esto sobre el principio de la estabilidad financiera, especificando en la Sentencia cual fue la rentabilidad que generaron los recursos que se ordenan devolver en el RAIS, lo anterior reitera, en correlación al principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y sobre los principios que versan sobre una sentencia debidamente realizada y ejecutoriada para que no sea abstracta, sino que sea un fallo íntegro y concreto de conformidad a los artículos 283 y 284 del Código General del Proceso; solicita también, no se condene en costas a su representada toda vez que solamente se está solicitando una adición de la sentencia.

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 legal otorgado, el apoderado de **COLPENSIONES**, depreca se modifique la sentencia proferida, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso de la referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del código general del proceso, como quiera que, en materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

Así mismo, sostuvo que, en los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, advirtiendo que el esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, agregando que de declararse la ineficacia se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera.

Por último, afirma que, de confirmarse la ineficacia del traslado, decretada implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento (Archivo 04 ED).

Por su parte, **COLFONDOS S.A.**, reitera lo señalado en su recurso de alzada, indicando que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia en el presente asunto, ni aplicar las consecuencias jurídicas que de allí se desprenden (Archivo 05 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS 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 demandadas.

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

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARIANA LUCÍA MONTOYA CAMPUZANO** estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1985 a 1999, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **COLFONDOS S.A.** el 26 de febrero de 1999 (f. 56 a 60 y 163 Archivo 02 ED).
- (ii) Que el 04 de agosto de 2018, el demandante presentó formulario de afiliación ante **COLPENSIONES** solicitando se le permitiera su vinculación al RMPD, petición que fue despachada desfavorablemente (f.53 a 55 Archivo 02 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 (RMPD), 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*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la 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 y 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 que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no es posible predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas, el formulario de afiliación de la demandante a **COLFONDOS S.A.**, (f. 163 Archivo 02 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo 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 entonces deber 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).

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 a estos, en consideración a su carácter de gestores profesionales del mercado financiero en el área pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Resáltese que, 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 posible afiliada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la afiliada como serían sus expectativas pensionales futuras, de vincularse ala entidad.

En igual sentido, 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, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la omisión de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar a la usuaria toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la misma la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, 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 para el afiliado.

Valga anotar 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 se produjo su traslado, 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, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, 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, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, 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, independiente que falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, entidad en la que se materializó el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con esta, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene

entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° 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 a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada 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 afiliada, 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 existen razones jurídicas para que **COLFONDOS S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, 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 SGSSP de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, de ahí que deba 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 invocado por el apoderado de dicha entidad.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de la apelación, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 **COLFONDOS S.A.** con cargo a su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículos 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.

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 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, integrados allí 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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle todo efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **COLFONDOS S.A.**; y en cuanto a que ni el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ni tampoco el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, contemplan el traslado de estos recursos

una vez se produce el traslado de régimen pensional, se precisa que no puede pasarse 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 de régimen imperfecto, que se reitera, no satisfizo las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, 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, y contrario a lo argüido por la AFP apelante, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por 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).

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 las cotizaciones 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En este orden de ideas, y como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y 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, habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS S.A.** que también traslade lo descontado por prima de seguro previsional, rubro que debe ser reintegrado de manera indexada, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Frente a la solicitud que hace el apoderado judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en el sentido que se adicione o se aclare el fallo de primera instancia, especificándose el valor de los rendimientos que se generaron sobre los aportes que la demandante ha cotizado en el RAIS, debe decirse que, no es posible en esta sede realizar el cálculo que pretende la entidad demandada pues no se cuenta con los insumos para ello, además no es cierto que sea una condena en abstracto como lo quiere hacer ver en el recurso de alzada, como quiera que tanto en la parte considerativa como resolutive del fallo se hace mención de manera específica sobre los emolumentos a devolver y la forma en que debe realizarse dicha operación.

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 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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás la sentencia apelada. Las costas de esta instancia

estarán a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Quinta 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia No.035 del 10 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, con los siguientes acápites:

- **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por primas de seguros previsionales, suma de dinero deberá ser devuelta de manera indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la Sentencia recurrida.

TERCERA: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada