

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLORIA PATRICIA GUERRERO CASTRILLÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-007-2021-00188-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.244

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 el presente asunto en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°057 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia del 17 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA PATRICIA GUERRERO CASTRILLÓN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, y, en consecuencia, se ordene su regreso automático al primero. **2)** Que, consecuencialmente, se condene a **COLFONDOS S.A.** a la devolución inmediata de todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, comisiones con sus respectivos frutos e intereses, y los rendimientos causados. **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** la aceptación de su regreso al RPMPD.

Fundamentó sus pedimentos en que, se afilió en materia de pensiones al ISS desde el 24 de julio de 1989, entidad en la que cotizó hasta el 11 de septiembre de 1998, puesto que en el mes de agosto de esa anualidad fue visitada por asesores de **COLFONDOS S.A.**, de lo que resultó su vinculación al RAIS, decisión que, aseguró, estuvo motivada en engaños y falsas informaciones de parte de los asesores, tanto que le señalaron la posible quiebra del ISS con la inminente cesación de pagos de las pensiones, cuestión que no ocurriría en los fondos privados

por estar vigilados por la Superintendencia Bancaria en su momento. También refirió que le fue indicada la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, sin explicarle las implicaciones que esto podría tener, tampoco lo que pasaría con su bono pensional; y que el monto de su pensión podría ser superior en el RAIS. Omitieron informarle sobre el derecho de retracto, o el periodo de gracia para trasladarse conforme el Decreto 3800 de 2003; y así mismo, pasaron por alto realizarle una proyección comparativa o reasesoría, con todo lo cual transgredió la entidad el deber de información que le asistía.

Que en el mes de abril de 2019 solicitó información a **COLFONDOS** para conocer su situación pensional, a lo que recibió como respuesta que a la edad de 60 años podría acceder a una pensión equivalente a UN SMLMV, mientras que al realizar el cálculo de lo que podría ser su pensión en el RPMPD, obtuvo una mensualidad de \$2.517.437, razón que la llevó el 26 de febrero de 2021 a solicitar a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado, petición negada por este ente, en comunicado del 1 de marzo de la misma anualidad (f. 2 a 17 Archivo 03 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLFONDOS S.A.** planteó su defensa manifestando que la vinculación de la demandante al RAIS se dio en virtud de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, insistiendo en que sus asesores brindaron una información integral y completa al respecto, sin darse omisión alguna. Propuso las excepciones de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN y PAGO* (...)” (f. 1 a 17 Archivo 07 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que no tienen sustento factico o legal. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL; INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA; ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL; AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN; DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INEFICACIAS DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 23 Archivo 18 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 17 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, precisando que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. En consecuencia, condenó a la citada AFP a: “(...) *a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, y las*

*cuotas de administración con destino a COLPENSIONES, estos dineros deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Se exceptúan de dicha devolución las sumas que fueron destinadas para el pago seguros previsionales. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)”.* Así mismo, le impuso a **COLPENSIONES** validar la afiliación de la actora, y recibir los recursos provenientes del RAIS, como semanas cotizadas que deben reflejarse en su historia laboral. Gravó con costas a **COLFONDOS S.A.**

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión solicitando su modificación tendiente a que se ordene a **COLFONDOS** la devolución del 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante sin descuento alguno, puntualmente, lo descontado para el seguro previsional, conforme lo concluido en Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, Rad. 82989 de 2008, y Jurisprudencia de la Corte Constitucional, precedente que ha sido vehemente en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes, en atención al artículo 48 CN, ya que las personas que se trasladan al RPMPD se encuentran *ad portas* de pensionarse, y es su representada la encargada de mantener el equilibrio en la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

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**, allegó escrito de alegaciones, indicando que tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre que debe asistir al usuario de la seguridad social, hecho que sin lugar a dudas quedo acreditado en el presente caso, ya que como la misma demandante lo informó en su declaración, el fondo le suministro una información suficiente que le genere un grado de confiabilidad que la llevo a optar por pertenecer a dicho régimen entre las cuales resalta la posibilidad de que su capital ahorrado fuera heredable, la posibilidad de optar por pensionarse anticipadamente y en especial los rendimientos que recibiría su ahorro por las gestiones de las administradoras.

Por otra parte, reseñó que, la demandante no puede ser trasladada nuevamente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, conforme fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C -1024 de 2004.

No obstante lo anterior, sostuvo que de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, y por tanto no revoque la decisión de la Juez de primera Instancia, solicita se modifique el numeral tercero de la sentencia en lo concerniente a ordenar a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima y cuotas de administración, traslade también los valores

descontados por cuotas de seguro previsional a que hubo lugar durante el tiempo en que el demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas (Archivo 04 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 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 **GLORIA PATRICIA GUERRERO CASTRILLÓN** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1989 y 1998 (Expediente Administrativo Archivo 20 ED).
- (ii) Que el 11 de agosto de 1998 la actora se trasladó del RPMPD hacia el RAIS administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 27 y 35 a 50 Archivo 03 ED).
- (iii) Que 26 de febrero de 2021 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su afiliación al RAIS, petición negada por esta entidad en comunicado del 1 de marzo de ese año (f. 28 a 32 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b),

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

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba simplemente 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 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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de 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 la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **COLFONDOS S.A.** (f. 27 Archivo 03 ED), no logra extractarse nada en relación con 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 el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

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

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

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo ni 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.

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 tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al 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.

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

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte que las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron vanas, 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 **COLFONDOS 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 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 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, contrario a lo sostenido por la Juez de primer grado, no existen razones jurídicas para que la AFP demandada, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD 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 de seguro previsional, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad**, cuestión que, insiste la Sala, no está supeditada a los resultados de la gestión o la generación de rendimientos, como lo entiende la Juzgadora de primer grado.

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 **COLFONDOS 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.

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 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 allí, 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.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por las AFP demandadas, pues pese a lo señalado por la AFP, 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 del 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).

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, le asiste razón a **COLPENSIONES** en relación con la complementación de la orden impuesta en primera instancia, en atención a que los fondos privados está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609-2021, por lo que habrá de revocarse parcialmente los numerales tercero y quinto de la sentencia de primer grado, en lo relativo a excluir de los recursos a trasladar por parte de **COLFONDOS S.A.** lo relacionado con el porcentaje destinado a la prima de seguros previsionales, y desestimar la excepción de “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL (...)*”, a efectos de, ordenar a la AFP que dentro de los recursos a trasladar, incluya el porcentaje descontado a la demandante con destino a las primas de seguro previsional, rubro que, al igual que los gastos de administración y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados.



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

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de adicionarse la sentencia de apelada en los términos descritos, confirmándose en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia en virtud de la prosperidad del recurso de **COLPENSIONES**.

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: REVOCAR** parcialmente los numerales **TERCERO** y **QUINTO** de la Sentencia del 17 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en lo referente a excluir de los recursos a trasladar por parte de la AFP demandada, lo relacionado con el porcentaje destinado a la prima de seguros previsionales, y desestimar la excepción de “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL* (...)”, disponiéndose, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que dentro de los recursos a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya el porcentaje descontado a la señora **GLORIA PATRICIA GUERRERO CASTRILLÓN** con destino a las primas de seguro previsional, rubro que, al igual que los gastos de administración y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados.

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

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

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA  
Magistrada

  
VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO  
Magistrado

  
SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE  
Magistrada