

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Demandante: Víctor Manuel Gómez Serna

Demandadas: Protección, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones

Radicado: 05 001 31 05 002 2017 00799 00

AUTO

Para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se le reconoce personería jurídica a la doctora Adriana María Correa Carrascal, identificada con cédula de ciudadanía 64.583.146 y tarjeta profesional 197.178 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 002 2017 00799 00 promovido por el señor **VÍCTOR MANUEL GÓMEZ SERNA** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - PROTECCIÓN**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Protección y de Colpensiones frente a la sentencia emitida el 24 de enero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín. Y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia, económica, social y ecológica”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **135**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

El señor Víctor Manuel Gómez Serna demandó a Colpensiones, a Protección y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. pretendiendo se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección; y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad; la devolución de sus cotizaciones y los rendimientos financieros; y la validación de estos aportes por parte de Colpensiones.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el inicio de su vida laboral. El 17 de julio de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Que, para realizar dicho traslado, recibió una visita de un asesor del Fondo Privado, quien le indicó que su traslado era necesario porque el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y él se quedaría sin pensión, que

podría pensionarse a cualquier edad y con una mejor pensión. El asesor omitió informarle que la pensión anticipada requiere del cumplimiento de requisitos difíciles de cumplir, que tendría riesgos como una pensión inferior a la que le correspondería en el RPM, que la pensión variaría de acuerdo con sus aportes y a la existencia de esposa o compañera permanente dependiendo de la edad y no se le puso de presente la diferencia en la mesada pensional en ambos Regímenes. El 25 de septiembre de 2000 se trasladó para Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. El 21 de noviembre de 2001 se trasladó nuevamente para Protección. El 29 de junio de 2017, Colpensiones le negó el traslado al RPM argumentando que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

En sentencia proferida el 24 de enero de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación del señor Víctor Manuel Gómez Serna del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., entendiéndose que el demandante ha estado afiliado válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y les ordenó: i) A Protección, trasladar todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones completas, bonos pensionales, ahorros voluntarios del artículo 62 de la Ley 100 de 1993, sumas adicionales de la aseguradora, incluidos los frutos, rendimientos financieros e intereses que sobre los mismos se hubieren causado, “...con excepción de las cuotas de administración de la cuenta...”, a Colpensiones. Y ii) A Colpensiones recibir de Protección los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del accionante. Declaró probada de oficio la excepción de “Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración a favor de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Y condenó a Protección a pagar las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Protección considera no procede el traslado de los ahorros voluntarios que tenga el actor en el Fondo Privado, pues el citado desde el 22 de mayo del 2000 se encuentra afiliado al fondo de pensiones voluntarias en Protección, realizando aportes hasta el mes de octubre de 2019, los cuales consagra la Ley 100 de 1993 en aras de aumentar el monto de la mesada pensional o el capital para financiar la mesada pensional. Adicionalmente, el asegurado ha realizado retiros de dicho aporte voluntario, y por ello, el valor que se pueda trasladar enriquecería sin justa causa el RPM que tampoco ha administrado estos valores teniendo también en cuenta que el origen de este producto es un encargo fiduciario de origen comercial y civil.

La apoderada de Colpensiones no está de acuerdo con la decisión porque conforme a la línea jurisprudencial, la declaratoria de la ineficacia conlleva que se asuma que la persona siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y sin solución de continuidad, con la obligación a cargo del Fondo Privado de trasladar a Colpensiones no solo las cotizaciones de conformidad con lo prescrito en el artículo 20 inciso primero de la Ley 100 de 1993, sino también las cuotas de administración que consagra el inciso segundo del mismo artículo, en virtud de la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. dentro del término legal allegó escrito de alegatos de conclusión argumentando que quedó demostrado que ésta no fue la AFP que realizó el traslado inicial. Que, las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, y, en caso de ordenarse su devolución, se estaría validando un enriquecimiento sin justa causa, en favor del sistema, liberando de tal obligación al afiliado y beneficiando al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y consecuentemente privilegiando una estabilidad jurídica y financiera del Sistema. Solicita confirmar la posición de no condenar en costas a este Fondo por no ser el fondo inicial, mediante el cual se llevó a cabo el traslado de Régimen.

La apoderada de Colpensiones presentó oportuno escrito de alegatos de conclusión haciendo referencia a los mismos argumentos del recurso de apelación e indicando que al demandante le asiste la imposibilidad de traslado de Régimen impuesta por el legislador consagrado 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, por faltarle menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

La apoderada de Protección dentro del término legal allegó escrito de alegatos de conclusión exponiendo los argumentos del recurso de apelación y reiterando que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 692 de 1994, el afiliado está facultado para retirar los aportes voluntarios.

Frente al recurso promovido por Protección, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por el demandante se torna ineficaz como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problema jurídico asociado, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Esta Sala acoge el precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 11 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Protección, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 30 de junio de 1995.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, decreto 663 de 1993 en su artículo 97, que en su texto original previo a la Ley 795 de 2003, imponía suministrar la información necesaria para la transparencia, así como para permitir tener elementos de juicio claros y objetivos y así tomar la mejor opción, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por el asegurado el 30 de junio de 1995 ante Protección, y el 25 de septiembre de 2000 ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por tanto, el análisis debe de centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado del actor: “...1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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...” y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: “...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”, por lo que la

Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que al señor Víctor Manuel Gómez Serna, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por el actor en el interrogatorio de parte, donde advierte que no le dieron mayores explicaciones distintas a que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y que podría pensionarse de manera anticipada.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; “...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia “...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la

documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

En relación a lo anterior, la ineficacia del traslado de régimen pensional comporta que los documentos titulados con el nombre de “Reasesoría Pensional” que militan de folios 92 a 94 del expediente, los cuales indican que el afiliado decidió el 13 de febrero de 2008 continuar en el RAIS, posterior a ser informado sobre la oportunidad que tenía en ese momento de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y hasta el 26 de marzo del mismo año, no surtan ningún efecto, porque aparte de que aluden a un acto que no nació a la vida jurídica, no sustituyen la manifestación formal que los artículos 13, literal b), de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994 exigen para el diligenciamiento válido de la selección de régimen pensional y su vinculación a éste, y no brindan por sí solos la comprensión cierta, suficiente y comprensible respecto a la vinculación en los dos regímenes pensionales ni sobre los beneficios e inconvenientes del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual. Pues se insiste que la ineficacia se valora al momento del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y esta no permite su saneamiento.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia peticionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte del asegurado a Protección y su vinculación posterior a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y su retorno nuevamente a Protección, se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

La apoderada de Colpensiones considera que se debe ordenar la devolución de todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cuotas de administración. A juicio de la Sala, la postura planteada por la mencionada apoderada en el recurso de apelación está llamada a prosperar, en la medida que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha precisado que el efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese

existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos, lo que implica privar de todo efecto práctico el traslado, esto es, se entiende que el asegurado siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la entidad cuya afiliación es válida. Que el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular, ello, teniendo en cuenta que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Lo cual incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional (Sentencias SL 2877 de 29 de julio de 2020, Radicado 78.677 y SL 2914 de 22 de julio de 2020, Radicado 83.085).

Sumado a lo anterior, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con los rendimientos generados por éstos en cada uno de los Fondos Privados, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, por los periodos durante los cuales el accionante permaneció afiliado a dichos Fondos Privados, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, “...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...”. En tanto que “...al haber sido una 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por las AFP a las aseguradoras, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes

para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional...”.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y, de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con cargo a su propio patrimonio, sin que sea predicable un enriquecimiento sin causa.

Adicionalmente, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

En consecuencia, se modificará y adicionará el numeral segundo de la providencia.

En dicho orden de ideas, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán Protección y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. quienes asuman la diferencia que resultare, en proporción al periodo durante el cual el

mencionado permaneció afiliado a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones referidas. Por ende, se adicionará en este aspecto la decisión.

El documento que obra a folios 123 del expediente da cuenta que el 22 de septiembre de 2000 el señor Víctor Manuel Gómez Serna le solicitó al Fondo de Pensiones Voluntarias de Protección, su voluntad de trasladar los aportes realizados a dicho Fondo por concepto de ahorro voluntario al Fondo de Pensiones Voluntarias de la AFP Horizonte S.A.

El Juez A quo le ordenó a Protección, trasladar todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones completas, bonos pensionales, ahorros voluntarios del artículo 62 de la Ley 100 de 1993, sumas adicionales de la aseguradora, incluidos los frutos, rendimientos financieros e intereses que sobre los mismos se hubieren causado, “...con excepción de las cuotas de administración de la cuenta...”

La apoderada de Protección aduce en el recurso de alzada que no procede el traslado de los ahorros voluntarios, en la medida que el asegurado desde el 22 de mayo del 2000 se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones Voluntarias en Protección, realizando aportes hasta el mes de octubre de 2019.

El artículo 62 de la Ley 100 de 1993 prevé:

“...ARTÍCULO 62. COTIZACIONES VOLUNTARIAS. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado...”.

Y conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la norma referida, en armonía con los artículos 1 y 4 del Decreto 656 de 1994, en los cuales se estableció que los fondos de pensiones del RAIS se encargan de la administración y manejo de las cotizaciones y pensiones derivadas de dicho régimen. En tal sistema cada afiliado

tiene a su nombre una cuenta individual de ahorro pensional constituida por los aportes; una parte de ellos se capitaliza en la cuenta y otra parte se destina al pago de las primas de seguros para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional, y cubrir el costo de administración de dicho régimen.

En todo caso los conceptos referidos hacen parte de la cuenta de ahorro individual, sin hacer referencia al aporte voluntario, rubro que es depositado por el afiliado de forma potestativa, sin que forme parte de los componentes de los aportes de ley en la cuenta de ahorro individual para pensiones, con fines liquidatorios de pensiones en el RPMPD.

El Fondo de Pensiones Voluntarias es diverso al de pensiones obligatorias y cuya finalidad, además de complementar el monto para acceder a una pensión dentro del RAIS o procurar obtener una pensión anticipada, es también que el trabajador tenga planes de inversión o ahorro a mediano y largo plazo, o con el fin de obtener beneficios tributarios.

Así las cosas, sin tratarse de aportes voluntarios al fondo de pensión obligatorio, sino de aportes a un fondo distinto, autónomo e independiente como lo es el fondo de pensión voluntaria, tales cotizaciones podrán permanecer en Protección en tanto se trata de una posibilidad contemplada, incluso, para quienes no estén afiliados al RAIS.

En criterio de la Sala, la sentencia de primera instancia ordenó el traslado de los ahorros voluntarios del artículo 62 de la Ley 100 de 1993, es decir, de aquellos valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de la cuenta individual de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.

No obstante, en virtud de lo expuesto por la apoderada de Protección en el recurso de apelación, se aclarará el numeral segundo de la providencia en el sentido de que procede el traslado de las cotizaciones voluntarias del Fondo de

Pensiones Obligatorias y no el de los ahorros voluntarios del Fondo de Pensiones Voluntarias, pues, se reitera, se trata de dineros que no es obligatorio que se incluyan dentro del capital que se devolverá a Colpensiones.

No resulta de recibo para la Sala, el argumento de la apoderada de Colpensiones expuesto en las alegaciones ante esta instancia, en el sentido de pretender la revocatoria de la sentencia de primera instancia con fundamento en que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues lo que es objeto de estudio en este proceso no es el retorno del RAIS al RPMPD, sino la ineficacia del traslado del entonces ISS a Protección, por omisión del deber de información supuesto diferente al referido en el mandato legal en mención.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la

pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

Las costas en la primera instancia corren en favor del señor Víctor Manuel Gómez Serna y a cargo de Protección.

En esta instancia, no se causaron costas.

Así las cosas, se confirmará, modificará, adicionará y revocará la decisión que se revisa en apelación y consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Adicionar el numeral primero de la providencia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor Víctor Manuel Gómez Serna a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: Modificar y adicionar el numeral segundo de la providencia, así:

Se **condena:** A Protección y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, además de los aportes que recibió con motivo de la afiliación del señor Víctor Manuel Gómez Serna, esto es, los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual

incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y las sumas adicionales de la aseguradora; los gastos u cuotas de administración de la cuenta y las sumas dinerarias que correspondan a los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, por los periodos durante los cuales el accionante permaneció afiliado a cada uno de los Fondos Privados, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho.

TERCERO: Condenar a Colpensiones, a recibir de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., los valores aludidos en el anterior numeral, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

CUARTO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, tales como: rendimientos generados por los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, serán Protección y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. quienes asuman la diferencia que resultare, en proporción al periodo durante el cual el mencionado permaneció afiliado a cada una de las Administradora de Fondos de Pensiones referidas.

QUINTO: Aclarar el numeral segundo de la providencia en el sentido de que procede el traslado de las cotizaciones voluntarias del Fondo de Pensiones Obligatorias y no el de los ahorros voluntarios del Fondo de Pensiones Voluntarias, por las razones expuestas en esta instancia.

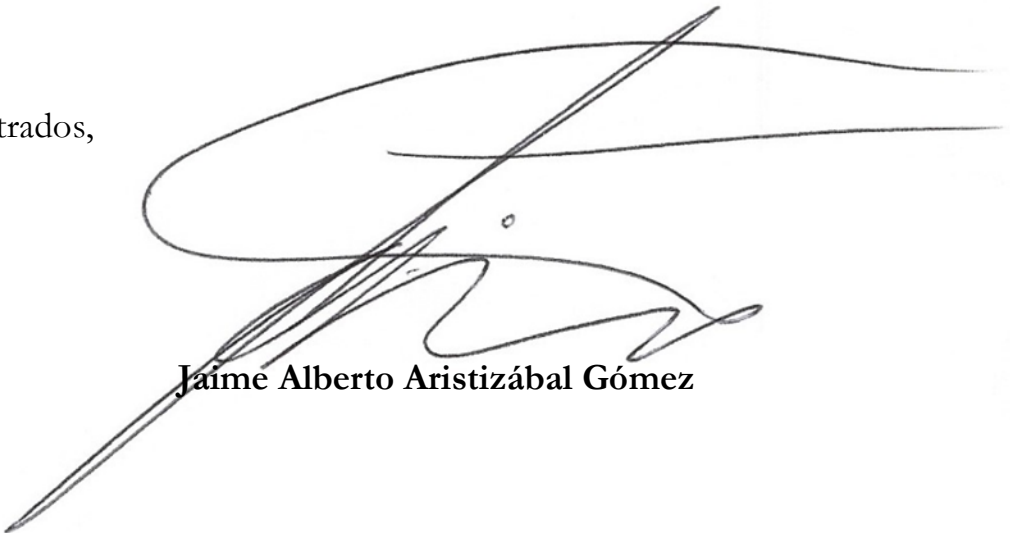
SEXTO: Confirmar en lo demás la decisión que se revisa en apelación y consulta.

SÉPTIMO: Las costas en la primera instancia corren en favor del señor Víctor Manuel Gómez Serna y a cargo de Protección.


Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **ESTADOS**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

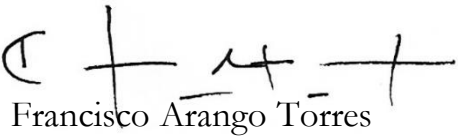
Los Magistrados,



Jaime Alberto Aristizábal Gómez



John Jairo Acosta Pérez



Francisco Arango Torres

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADO** No. 139 fijado hoy en la secretaría de Este Tribunal a las 8 a.m. Medellín, 24 de Septiembre de 2020

Secretario