

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA EUGENIA OSPINA ÁLVAREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 53.077.146 y Tarjeta Profesional. No. 184.941 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en la forma y para los efectos del poder general conferido. Así mismo se reconoce a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con la C.C. No. 1.020.786.735 y T. P. No. 300.432 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines del poder conferido

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

María Eugenia Ospina Álvarez, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, dada la omisión de la AFP en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD o subsidiariamente que es inexistente el acto del traslado de régimen. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, bonos y sumas adicionales y a ésta última a activar su afiliación en el RPMPD, sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, recibir los dineros que le sean transferidos e incluirlos en su historia laboral. Así mismo pide que se condene a la AFP al pago de perjuicios morales y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 7 a 9 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de abril de 1964; que durante su vida laboral ha trabajado para diferentes entidades, estuvo afiliada al RPMPD con el ISS desde el 1991 hasta el 25 de noviembre de 2002, ya que en esta data se trasladó a la AFP Porvenir S.A. Señala que el promotor u asesor encargado de la afiliación no contaba con título de formación profesional o con capacitación adecuada alguna, que lo acreditara o le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse, no le hizo las advertencias de los riesgos que existían al tomar tal decisión, ni advirtieron que la pensión podría ser menor o que eventualmente no se podía pensionar

en caso de no acumular un capital suficiente, ni siquiera se le explico las modalidades de pensión; no se le indicó la posibilidad de retracto, ni mucho menos la de retornar al régimen cuando le faltaren más de diez años para pensionarse; por el contrario se le indicó que su condición pensional podría ser más ventajosa, que el RPM desaparecería por lo que le convenía su traslado y solo tenía que suscribir el formulario de afiliación; se le hizo por parte de la AFP la simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado arrojando una mesada pensional de \$1.165.900, equivalente al 13,43% del IBC, mientras que al realizar el cálculo bajo el RPMPD, teniendo en cuenta el número de semanas y el promedio de los últimos 10 años, asciende a \$ 5.253.700, por lo es ostensiblemente más superior en este régimen. Finalmente indica que el 16 de mayo de 2019 solicito a la AFP anular su traslado y ante Colpensiones el 21 de mayo del mismo año presentó reclamación administrativa en el mismo sentido, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 60 a 85); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las fechas de nacimiento de la actora, de la afiliación y cotizaciones realizadas al ISS, así como su traslado al RAIS y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación, error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica.*

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado a folios 123 a 146 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra frente a los hechos admitió las fechas de nacimiento,

del traslado de régimen pensional indicando que su efectividad fue a partir del 1º de enero de 2003, así como la reclamación de nulidad del traslado; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (cd fl 205 y acta fls 204 y 204) en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., consecuentemente para efectos pensionales se encuentra válidamente afiliada al RPMPD hoy administrado por Colpensiones. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la señora Ospina Álvarez, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por otro concepto; a Colpensiones a recibir los valores trasladados y convalidarlos en su historia laboral para efectos pensionales y condenó a la AFP demandada por las costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que la situación de la demandante no encaja dentro del precedente jurisprudencial debido a que no es beneficiaria del régimen de transición, aunado que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y

que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante y corresponde el descuento por gastos de administración teniendo en cuenta que estos se causan por la buena administración de la cuenta individual de la promotora.

Por su parte, Colpensiones argumenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a la demandante obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes presentaron alegaciones en esta instancia. La parte demandante pide conformar la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que ésta se sustentó en los parámetros jurisprudenciales establecidos por la sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de información que tienen las AFP al momento del traslado y en el caso particular, no se demostró haber suministrado una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna, para tomar la decisión de traslado de régimen

La AFP Porvenir S.A. insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la

afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de ellos aporte únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

Por su parte Colpensiones indica que no es deber de los fondos de pensiones privados, hacer una proyección de la pensión; puesto que en el RAIS la pensión no es definida, sino es definible, dependiendo de varias variables o circunstancias en el tiempo; no se debió dar aplicación a la carga dinámica de la prueba, teniendo en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, y al actor nunca se le coartó la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media, por lo que insiste que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez; por otra parte, en el interrogatorio la actora argumentó que no le dio la suficiente importancia a su pensión de vejez, la que deriva una falta a deber de diligencia y cuidado, habiendo guardado silencio; así mismo, el régimen pensional se encuentra contenido en la Ley 100/93 por lo que la demandante pudo acceder a dicha información en cualquier momento, que el demandante no demostró ningún vicio del consentimiento por lo que no tendría por qué proceder de la declaratoria de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia ordenar a Colpensiones que la tenga como su afiliado. Indicó que, al momento en que el promotor le solicitó el traslado de régimen al de prima media con prestación definida no era posible acceder a tal pedimento teniendo en cuenta la prohibición el art. 2° de la Ley 797 de 2003, pues al permitir el traslado de régimen se genera una descapitalización del sistema, lo que afecta el principio de la sostenibilidad financiera que busca salvaguardar los principios de eficiencia pensional, igualdad y equidad sobre las personas que efectivamente realizaron aportes en el RPM, por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas las pretensiones.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas en sus

recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones y la AFP, en sus recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fls. 18); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 25 de noviembre de 2002 con efectividad desde el 1° de enero de 2003, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento expuesto por las demandadas.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que

tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "no contaba con título de formación profesional o con capacitación adecuada alguna, que lo acreditara o le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse, no le hizo las advertencias de los riesgos que existían al tomar tal decisión, ni advirtieron que la pensión podría ser menor o que eventualmente no se podía pensionar en caso de no acumular un capital suficiente, ni siquiera se le explico las modalidades de pensión; no se le indicó la posibilidad de retracto, ni mucho menos la de retornar al régimen cuando le faltaren más de diez años para pensionarse", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo

48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido en septiembre de 1994. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que estando laborando al servicio de la sociedad Mensula S.A. llegó un asesor de la AFP Porvenir S.A., los reunió en compañía de varias personas, y les dijo que les convenía trasladarse de régimen pensional, debido a que en ese fondo podían pensionarse más temprana edad y con una mesada pensional superior a la que podían obtener en el ISS, además que el RPMPD iba a

desaparecer porque el Instituto se encontraba en crisis y lo iban a liquidar y de no hacerlo, perderían todo lo aportado y no se podían pensionar, mientras que el Fondo era muy sólido y el que mejor rentabilidad podía ofrecer; que la información fue de manera grupal y no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual y posteriormente no tuvo ninguna información por parte de la AFP; finalmente indica que hubo engaño al momento de la afiliación porque le dijeron que su pensión iba a ser superior a la que pudiera obtener en el RPMPD y a más temprana edad, lo cual no es cierto, pues por el contrario le indicaron que solo podría pensionarse a los 60 años y con el equivalente un poco más del SMLMV, tampoco se le informó sobre la posibilidad de regresar al seguro social.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A. al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 19, replicado a fl 147 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen

pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 19 y 147 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. 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.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte acepta que la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación. Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de

pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.*

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado