

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 RUBEN DARIO TORRES AGUIRRE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

Notifíquese

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las AFP demandadas contra la sentencia del 13 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Trece 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.

A N T E C E D E N T E S

Rubén Darío Torre Aguirre, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare en forma principal que recuperó los beneficios del régimen de transición por acreditar más de 750 a 1° de abril de 1994, por lo que tiene derecho a regresar en cualquier tiempo a regresar al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, en consecuencia se ordene a la AFP Protección S.A. y Colpensiones aprobar su traslado. Subsidiariamente pide que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP ING hoy Protección S.A., realizada el 14 de agosto de 1997 y en igual sentido el traslado entre fondos, y que la única afiliación válida fue la efectuada al ISS hoy Colpensiones; en consecuencia, se ordene a AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones el monto total de ellos aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual. Así mismo pide que se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 71 a 73 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de septiembre de 1960; inició su vida laboral al servicio de la Armada Nacional, laborando entre el 9 de junio de 1978 y 12 de junio de 1981, seguidamente laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. entre el 15 y el 19 de marzo de 1982 y desde el 26 de marzo de 1982 al 25 de agosto de 1997, pero solo fue afiliado al ISS el 15 de agosto de 1990, por lo que acredita más de 15 años de servicios antes del 1° de abril de 1994; que suscribió formulario de afiliación al RAIS con la AFP ING hoy Protección S.A. en el mes de agosto de 1997, pero no recibió asesoría alguna por parte de los asesores comerciales, no se le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, que perdería los beneficios del régimen de transición, que la fecha de redención de su bono pensional lo sería tan solo a los 62 años, sobre la diferencia en la distribución de las cotizaciones en el RAIS, mucho menos sobre la inconveniencia de su traslado, por lo que su decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para aceptarla y no se le entregó reglamento de funcionamiento de la AFP; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 13 de octubre de 1998, esta no le informó la posibilidad de retornar al RPMPD con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, allí cotizó 778 semanas; que el 4 de diciembre de 2018, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y en escrito de la misma fecha le

fue rechazado, y el 18 de diciembre de 2018 pidió a Porvenir S.A autorizar su traslado y fue negado.

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 todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls. 129 a 135); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación y cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones, la petición de traslado de régimen presentada ante esa administradora y la respuesta negativa; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 152 a 173 del expediente); en cuanto a los hechos admitió la vinculación a esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

De otro lado, la AFP Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 94 a 112 del expediente, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del accionante y su afiliación a la AFP ING hoy Protección S.A., frente a los demás dijo no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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, (grabación de audiencia anexa en el expediente a fl 211, en la que declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Rubén Darío Torre Agirre con la AFP Davivir hoy Protección S.A. en 1997; condenó a las AFP Porotección S.A. y Horizonte hoy Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, que dada una tenga en la actualidad; a Colpensiones a tenerlo como afiliado, recibir los dineros y actualizar su historia laboral desde su afiliación inicial al ISS, declaró no probadas las excepciones, absuelve a las demandadas de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la AFP Protección por las costas presentadas por las demandadas y condenó en costas a las AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas AFP la recurren, así: Porvenir S.A manifiesta que no conoce las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se dio la afiliación y traslado al RAIS, sin embargo en el momento en que se dio el traslado a ese fondo en 1998, se cumplió con la obligación de brindarle la información clara, completa y comprensible, además que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar al RPMPD, ya que le falta menos de 10 años para pensionarse, 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 el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 24 años, y realizó traslados entre fondos 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 en demostrar que existió vicios del consentimiento; y que no corresponde el descuento por gastos de administración teniendo en cuenta que están establecidos legalmente en los dos regímenes y estos se causan por la buena administración de la cuenta individual del promotor, por lo que no es dable ordenarlos.

Protección S.A., reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, alega que éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia 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 más de 15 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 los aportes únicamente, ya que los rendimiento financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.

De igual manera lo hizo Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar

inconformidad alguna y además correspondía a éste 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.

A su vez la AFP Protección insiste que no se debe condenar a la devolución de la comisión de administración teniendo en cuenta que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, el cual se usa para cubrir gastos de administración, prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, más aún cuando se obtuvo rendimientos por la buena gestión realizada en su cuenta de ahorro individual y de mantener la condena por este concepto ello constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la administradora del RPMPD, por lo que pide revocar la decisión de primera instancia en este aspecto

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

Atendiendo el tenor del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas AFP en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por AFP Porvenir S.A. y en las alegaciones de Colpensiones, referente a la restricción del derecho al traslado del demandante insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor 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, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 60 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 1° de septiembre de 1960, lo cual fue aceptado por las demandadas y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 25); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado

a través de la AFP Davivir-ING hoy Protección S.A. el 14 de agosto de 1997 con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 174), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Porvenir S.A. u Colpensiones.

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 son las AFP demandadas quien tienen 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, al ser 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. Predicar lo contrario es imponerle una prueba diabólica al actor.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no recibió asesoría alguna por parte de los asesores comerciales, pues no se le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, que perdería los beneficios del régimen de transición, que la fecha de redención de su bono pensional lo sería tan solo a los 62 años, sobre la diferencia en las distribución de las cotizaciones en el RAIS, mucho menos sobre la inconveniencia de su traslado”, son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, 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 las sentencias del 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 distinciones 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 o movimiento entre AFP, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Acotando que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y otros el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que para época en que realizó el traslado en agosto de 1997, estando laborando para la Flota Mercante cuando llegaron a puerto fueron dos personas y en una reunión general en la cámara de oficiales les indicaron que iban por parte del nuevo sistema de pensiones les dijeron que se había sancionado una nueva ley que establecía una nueva alternativa para pensionarse y recomendaban

pasarse al nuevo régimen debido a que el seguro social estaba quebrado y era cuestión de tiempo para que se acabara por lo que estaría en riesgo su derecho pensional, otra cuestión atractiva fue que en el nuevo régimen podía pensionarse a más temprana edad y con una mejor mesada que la que podía obtener en el ISS y fue así como aceptó trasladarse y firmó el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por el asesor, pero no se brindó información adicional; finalmente con lo que respecta al traslado a Porvenir lo fue porque en el fondo anterior le prometieron que recuperarían el bono pensional del tiempo laborado en la Flota Mercante y no lo hicieron y en este fondo le indicaron que allí si lo harían, lo que no se cumplió. Agregó que nunca le informaron como obtendría la pensión en cada régimen, sobre el régimen de transición, de la posibilidad de devolverse al RPM, sobre los rendimientos financieros ni aportes voluntarios; aceptó que nunca se acercó a solicitar información, pero porque confió plenamente en lo que los asesores le habían informado.

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 Davivir-ING hoy Protección S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, 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 del 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 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, 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 a la AFP Davivir-ING hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actor 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.

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, dado que lo que se ampara 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.

No son de recibo los argumentos expuestos por las AFP demandadas Porvenir S.A. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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

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.

estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, que 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 el demandante, por lo que no es de recibo el argumento de las AFP Protección S.A. y 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 a penas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del 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 las AFP demandadas Protección S.A. y 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, se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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, el traslado de régimen pensional 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.

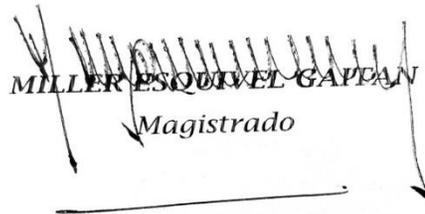
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado