



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105022201800229-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de enero de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA PATRICIA RUBIO BUITRAGO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 168 a 172.

ANTECEDENTES

MARIA PATRICIA RUBIO BUITRAGO, pretende que se declare multiafiliada de conformidad con los criterios establecidos por el numeral 6.1 de la Circular Básica Jurídica expedida por Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera y el art 17 del Decreto 692 de 1994 y que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es con COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN

S.A a efectuar el traslado de los aportes a COLPENSIONES, quien deberá aceptarlos; condenándolas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que prestó sus servicios para la Beneficencia de Cundinamarca, cotizó para CAPRECUNDI desde el mes de junio de 1986 hasta el mes de agosto de 1995, en octubre de 1995 paso al ISS hasta junio de 1998, a partir del mes de mayo de ese año se afilió a la AFP PROTECCIÓN, administradora en la cual se encuentra cotizando actualmente, a raíz de la múltiple vinculación en la que se encontraba inmersa elevó solicitudes ante dicha AFP y COLPENSIONES solicitando que celebraran el comité individual de múltiple vinculación, pero la AFP PROTECCIÓN S.A le comunicó que no se presentó múltiple vinculación, siéndole así resuelta su petición el 16 de octubre de 2008 quedando a favor de PROTECCIÓN S.A. (fls 27-33)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, su traslado a PROTECCIÓN S.A, los derechos del afiliado y su solicitud elevada ante PROTECCIÓN S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, propuso las excepciones denominadas: No existencia actual de multivinculación, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fl 43-55)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS e inexistencia múltiple vinculación que deba ser resuelto a la fecha, imposibilidad de aplicación de la circular externa 007 de 1996, interpretación errónea por parte de la demandante del decreto 3995 de 2008 artículo segundo y la genérica (fls 65-71)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2019, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar que en el presente asunto no existió multivinculación; declaró la nulidad absoluta del traslado realizado el 1° de junio de 1998 del RPMPD al RAIS toda vez que no se cumplieron los requisitos previstos en el art 12 de la ley 100/1993, esto es, permanecer tres (3) años como mínimo en cualquiera de los regímenes;

condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral; ordenó a PROTECCIÓN S.A., fondo al que se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes al demandante incluido el bono pensional que se encuentra en el poder de la AFP, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a la parte demandada; fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se acceda a sus pedimentos conforme los siguientes argumentos:

PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A porque sí existió un conflicto de multivinculación ocasionado por la selección de régimen en el mes de octubre de 1995 y su posterior traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A el 12 de mayo de 1998, es decir, sin que transcurrieran al menos 3 años de permanecer en el RPMPD, el cual quedó solucionado a la luz de la normatividad vigente (Decreto 3995/2008) por el comité que definió la múltiple vinculación de la actora a cargo de PROTECCIÓN S.A., por tanto, en relación con las consecuencias de ese conflicto donde se ordena en el numeral 4° de la sentencia a trasladar a COLPENSIONES todos los valores correspondientes incluidos los bonos y sin hacer descuentos de administración no están llamados a salir adelante porque el bono pensional no debe ser devuelto a COLPENSIONES sino al Ministerio de Hacienda que fue la entidad que lo expidió precisamente por los tiempos de cotización en el RPMPD y las cuotas de administración tampoco se pueden descontar toda vez que se causaron válidamente.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- porque según la historia laboral de la demandante, estuvo vinculada al ISS desde el 1 de noviembre de 1995 hasta junio de 1998 con diferentes empleadores, trasladándose luego de manera libre y voluntaria conforme a lo establecido en la ley 100/1993 en su art 13 literal b y e, norma que se debe tener en cuenta al regular la múltiple vinculación, así como también el decreto 3800/2003 en su art 2°, en el que estipula los casos de múltiple vinculación indicando que las personas que no manifiestan su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen se entenderán vinculadas a la entidad a las que se encontraban cotizando al 28/01/2004 o aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha, igualmente, el decreto 3995 del año 2008 manifiesta en su art 2° que respecto a la afiliación válida en situaciones de

múltiple vinculación el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la ley 797/2003, por lo que cuando el afiliado cambie de régimen o administradora antes de los términos previstos en la ley esta vinculación no será válida incurriendo en múltiple vinculación, siendo la vinculación válida la correspondiente al último traslado que se haya realizado con en el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación, siendo que para definir a qué régimen de afiliación está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31/12/2007 se aplica por una única vez la siguiente regla: *“cuando el afiliado se encuentre en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotización efectiva entre el 1/06 y el 31/12 de 2007 se entenderá afiliado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones, en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término se entenderá vinculada a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva para estos efectos y no serán admisibles los pagos de cotización efectuados con posterioridad a la fecha de entrega del presente decreto”*, igualmente, conforme a la normatividad antes citada, tenemos que en el momento del traslado al RAIS de la demandante llevaba más de 3 años cotizando al RPMPD sin importar la caja a la cual venía cotizando, por lo cual su traslado fue plenamente válido, tal como consta en la comunicación emitida por COLPENSIONES del 27 de abril del 2008, en la que se dejó en claro que se decidió realizar el proceso de multivinculación a pesar de que se encontraba válidamente su afiliación al RAIS y cotizando exclusivamente a la administradora de la AFP PROTECCIÓN desde 1998, sin que utilizara su derecho de retracto, además en caso que debiera retornar al RPMPD por considerar que resulta más favorable su expectativa de pensión no podría hacerlo al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria del fallo ante la validez de la afiliación al RAIS de la demandante, la no acreditación de los vicios del consentimiento al momento de su afiliación, la imposibilidad de imponer cargas adicionales a los fondos y la descapitalización del sistema de accederse a la nulidad del traslado. Entre tanto, la parte actora solicitó la confirmación del fallo porque la respuesta dada en su momento por la AFP se expidió con posterioridad a la situación de múltiple afiliación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia en la alzada por ninguna de las entidades recurrentes la declaratoria realizada por la Juzgadora de primera instancia en cuanto a que “*en el presente asunto no existe multivinculación respecto de la señora MARIA PATRICIA RUBIO BUITRAGO identificada con la CC No. 51.554.618*”, aspecto sobre el cual incluso enfatizó COLPENSIONES en el recurso para reforzar tal determinación, de ahí que, en virtud del principio de limitación y congruencia previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala deba establecer si con ocasión de la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS fruto de una deficiente e indebida información hay lugar a disponer: **i)** la devolución de los bonos pensionales a COLPENSIONES cuando fue el Ministerio de Hacienda el que los expidió, **ii)** la devolución de los gastos de administración pese a que estos ya se causaron y, **iii)** si la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD al faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y SUS CONSECUENCIAS FRENTE AL RAIS

El Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó en su momento ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A con efectividad el 1o de julio de 1998 (fl. 72) se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que la circunstancia de no haber hecho uso del derecho de retracto tenga la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento

de la afiliación, por la potísima razón que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida, sino que el objeto del litigio se dirigió a demostrar el incumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A al momento del traslado; declaratoria de nulidad que así vista, contrario a lo sostenido por la censura, sí trae como consecuencia las ordenes y condenas impuestas en la sentencia recurrida, en particular la de “trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros y **gastos de administración** pertenecientes al demandante incluido el **bono pensional** que se encuentra en el poder de la AFP”, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, “si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”

La anterior reflexión por tanto conduce a desestimar los puntos de apelación del fondo demandado. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al

régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.» (Resaltado propio de la Sala)

Últimamente, en cuanto al reproche de COLPENSIONES relacionado con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

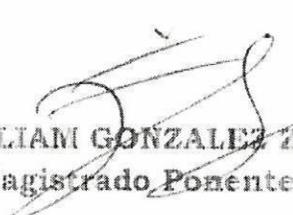
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 27 de enero de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral promovido por MARIA PATRICIA RUBIO BUITRAGO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIA PROTECCIÓN S.A - PROTECCIÓN S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

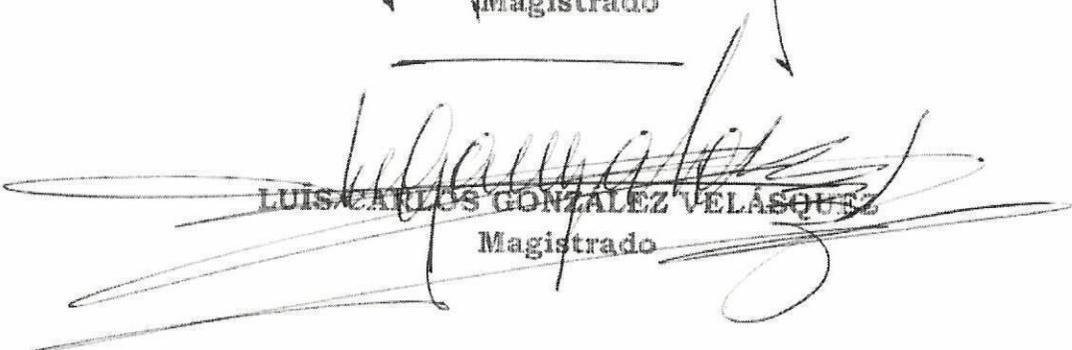
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo. para cada una. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado