

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

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

**AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA
(ART.13 LEY 1149 DE 2007)**

Aprobado en Acta No.

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Fecha: 21 de enero de 2014

Hora: 8:40 a.m.

Clase de proceso: Ordinario laboral

Radicación No. 110013105 011 2012 00108 01

Partes: Graciela Peña Alfonso contra Colpensiones.

Asistentes a la audiencia:

Alegatos 2da instancia:

Tema: Nulidad Afiliación

Objeto: Resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2013.

Antecedentes:

1.- La demandante solicita declarar la nulidad del traslado y de la afiliación a pensión a la A.F.P. Colfondos, en consecuencia esa entidad debe trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos al Seguro Social, que puede solicitar el reconocimiento de la pensión al I.S.S., lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

En síntesis, como fundamentos fácticos, señaló que nació el 17 de junio de 1958, que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual el 18 de octubre de 1994, que antes de estar afiliada a Colfondos estaba cotizando a la Caja de Previsión social del Municipio de Guasca, que la ejecutiva de cuenta de Colfondos le informó que se podía pensionar a la edad que quisiera, que podía solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera, que le informó que el I.S.S. iba a quebrar, que el 10 de marzo de 2008 se trasladó de Colfondos a Protección, que después de 16 años de 16 años se dio cuenta del grave error que había cometido y decidió devolverse al I.S.S. el 10 de junio de 2011, radicando formulario de traslado ante el I.S.S. y Protección, que ésta última dio respuesta el 16 de junio de 2010 y el I.S.S. el 26 de mayo de 2010, negando el traslado, que el 6 de enero de 2012 Protección le informó que de acuerdo al capital existente en la cuenta, la viabilidad de la devolución de saldos se dará cuando cumpla 57 años.

2.- Colfondos contestó con oposición a las pretensiones. Sostuvo que la demandante de manera libre y voluntaria decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo la solicitud de vinculación, por lo que dicha afiliación goza de plena validez, que antes de efectuarse el traslado proporcionó a la actora información completa y comprensible del régimen de ahorro individual. Propuso como excepciones de fondo las que denominó Buena fe, Inexistencia de la obligación, Falta de causa para demandar, Prescripción, Pago y Compensación y7 la Genérica.

2.1.- Protección contestó que no le asiste una razón válida para oponerse a las pretensiones, en razón a que las mismas no lo vinculan ni comprometen su responsabilidad. Propuso como excepciones de fondo las que denominó Carencia de interés de Protección para oponerse a la demanda y la Genérica.

2.2.- Colpensiones indicó que las Resoluciones o actos administrativos proferidos mediante los cuales se resolvieron negativamente las solicitudes de la actora se encuentran amparadas legalmente con base en la documentación que reposan en esa entidad. Propuso como excepciones de fondo las que denominó Prescripción, Presunción de legalidad de los actos administrativos, Inexistencia del derecho, Cobro de lo no debido, Buena fe, No configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, No configuración del derecho al pago de interese



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

moratorios ni indemnización moratoria, Pago, carencia de causa para demandar y la Genérica.

3.- Fallo de primera instancia:

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia de 18 de noviembre de 2013, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las súplicas de la demanda y condenó en costas a pa parte actora.

Su decisión la fundó en que la actora ingresó al sistema de seguridad social a partir del 1° de febrero de 1987 laborando al servicio del Municipio de Guasca y efectuando cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 la actora contaba con poco más de 36 años, por lo que en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 era beneficiaria del régimen de transición en virtud de su edad.

Que revisada la documental allegada, era claro que la accionante se afilió a Colfondos a partir del 19 de octubre de 1994, por lo que de entrada e indiscutiblemente perdió el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Que por regla general las declaraciones de la voluntad obligan a las partes, por lo que si pretendió la declaratoria de la nulidad ante la configuración de un vicio del consentimiento, era carga de la demandante probar los hechos estructurales.

Que conforme con las pruebas recaudadas en el proceso, no se probó que se hubiera viciado su consentimiento por error, que la actora tuvo la oportunidad de hacerle las preguntas a la asesora para que le aclarara las dudas, que si bien las 2 primeras testigos manifiestan que la asesora les indicó que podían pensionarse a cualquier edad y con mayores rendimientos, lo que según la actora fue determinante para afiliarse a Colfondos, esos aspectos no generan un engaño tal, con fuerza generadora de nulidad, pues los principios rectores del RAI si permiten obtener la pensión a cualquier edad.

Que al momento en que la actora solicitó la afiliación al RAI el derecho a la pensión de continuar en el régimen de prima media era una mera expectativa,



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

toda vez que contaba con 37 años de edad y su derecho pensional estaba lejos de cristalizarse.

Que dada su participación incipiente en aportes al sistema de seguridad social integral, no era posible hacer una comparación entre uno y otro régimen.

4. Apelación presentada por el apoderado de la demandante

Alega que a contrario de lo manifestado por el Despacho, se demostró el error como vicio del consentimiento, el que se probó con los testimonios, que los mismos fueron claros y precisos en afirmar que los asesores de Colfondos, no proporcionaron la información requerida, precisa, clara, concisa, las consecuencias jurídicas buenas, nefastas, la información acerca de que era lo que más le convenía en el momento de tomar una afiliación al régimen de prima media o al régimen de ahorro individual.

Que si bien es cierto la señora Graciela Peña pasó de una Caja de Previsión Social Pública, en este caso, la del Municipio de Guasca no es menos cierto que si se le hubiese dado la información correcta, precisa, clara y oportuna, la demandante se hubiese afiliado al I.S.S. y no a un fondo privado.

Que la asesora le dijo a la demandante que la pensión del fondo privado iba a ser mucho mejor, que se podía pensionar a la edad que quisiera, que si bien es cierto en un fondo privado, se puede pensionar a la edad que quiera, es si se tiene en su cuenta de ahorro mínimo 150 millones.

Que si la actora se hubiera quedado en el I.S.S. hubiera accedido a una pensión con 55 años y la señora tiene 55 años no se ha podido retirar del empleo público porque Protección le dijo que a partir de los 57 años, se tiene que esperar dos años más para la pensión.

Sostiene que Colfondos debía demostrar que sí tuvieron el cuidado, que si le dieron la asesoría, pero trajo como prueba un testimonio de lo que son o pretender ser hoy en día, pero no de lo que fueron, cuando empezó.



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

5.- Problema Jurídico a resolver:

Para resolver los interrogantes, precisa la Sala que la sentencia apelada se revocará, teniendo en cuenta los razonamientos que a continuación se consignan.

6- Resolución al problema jurídico:

De antemano anuncia la Sala que la sentencia apelada se **revocará**.

7.- Fundamentos normativos y jurisprudenciales para la decisión de segunda instancia:

Artículo 64 de la Ley 100 de 1993, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia entre ellas la sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente: doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, en la que rememoró las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314.

8.- Caso concreto

En los términos en que se encuentra planteada la impugnación, entra la Sala a verificar si en efecto, la actora sufrió engaño por parte de la AFP COLFONDOS por la omisión de dicha administradora de darle a conocer las consecuencias de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Respecto a la nulidad de la afiliación o del traslado, por haber inducido la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual en error a quien iba a hacer la afiliación o a quien ya se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia entre ellas la sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente: doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, en la que rememoró la sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, ha sostenido que *“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y*



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

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.

.....En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.

Acorde con la jurisprudencia en cita, la cual se comparte en su integridad, debe determinar la Sala si en efecto a la actora, se le proporcionó toda la información necesaria, a efectos de poder determinar por ella misma, si le convenía más afiliarse al régimen de ahorro individual o al de prima media con prestación definida.

Se recepcionó el testimonio de la señora Yenny Prieto, quien manifestó ser compañera de trabajo de la demandante desde 1992 (Cd. No. 2 Min.5:10), sostuvo que llegó un asesor de Colfondos, que le hizo una charla a todos los empleados y que esa reunión se hizo en el salón del Concejo Municipal (Cd. No. 2 Mins.6:20 y 6:53 respectivamente), que el asesor les indicó que se podían pensionar a la edad y con la pensión que quisieran (Cd. No. 2 Min.7:12), cuando fue interrogada a fin de determinar si se les había explicado sobre las consecuencias jurídicas de afiliarse a ese fondo, contestó que “no, que les dijeron que era todo muy bueno” (Cd. No. 2 Min.9:51).



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

Por su parte, la señora Yudi Vega quien afirmó haber estado presente en la casa de la actora en el momento en que la asesora fue para que firmara el formulario de afiliación (Cd. No. 2 Min.43:20), manifestó que la asesora le explicaba los beneficios para afiliarse al Fondo (Cd. No. 2 Min. 44:13), sostuvo que recuerda lo que le dijeron a la actora, porque le pareció muy buena la información, que le indicaron que el I.S.S. se iba a acabar, que las personas que estaba afiliadas no iba a recibir pensión, que se iba a pensionar a la edad que ella quisiera, con un buen salario (Cd. No. 2 Min. 44:45) y que la señora del Fondo le comunicó que a los 50 años podía hacer el proceso de pensión (Cd. No. 2 Min. 56:51).

La señora Peña Alfonso en el interrogatorio de parte sostuvo que ella firmó el formulario de afiliación, que *“allá me explicaron que yo iba a ganar mucha plata, que me iba a pensionar a la edad que yo quisiera, con el monto que yo quisiera, todo me dijeron lo bueno”* (Cd. No. 2. 1:01:17), que no le explicaron al momento de firmar sobre el régimen de ahorro individual (Cd. No. 2. 1:03:46), manifestó que cuando los reunieron les expusieron que se trasladaran a Colfondos, que el I.S.S. se iba a acabar (Cd. No. 2. 1:12:27).

De las testimoniales recaudadas, así como del interrogatorio de parte rendido por la demandante, es claro para esta Colegiatura que la Administradora de Pensiones Colfondos no cumplió con su deber de informar a la actora, las desventajas que podía tener afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni siquiera se le puso al tanto de en qué consistía el mismo y sí se le indicó que el I.S.S. se iba a acabar.

Sí bien se le informó que podía recibir su pensión a cualquier edad, no se le comunicó que para ello debía tener un capital mínimo acumulado en su cuenta de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Acorde con las pruebas recaudadas, si bien se evidencia que la demandante firmó el formulario de afiliación a Colfondos, lo hizo guiada por lo manifestado por la asesora de la administradora de pensiones, la que faltó a su deber de informar a la demandante lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

era el fondo al que debía afiliarse y su futuro derecho pensional, quedó demostrado que la asesora no le indicó los por menores de los dos regímenes que subsisten, incluso como lo sostuvo nuestra máxima Corporación, a sabiendas que la interesada se desanimaría en su decisión de afiliarse a un fondo privado.

8.1. Excepciones de fondo

Se declararan no probadas las excepciones de Buena fe, Inexistencia de la obligación, Falta de causa para demandar, Pago y Compensación propuestas por Colfondos, las de Carencia de interés de Protección para oponerse a la demanda propuestas por Protección y las de Presunción de legalidad de los actos administrativos, Inexistencia del derecho, Cobro de lo no debido, Buena fe, No configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, Pago, carencia de causa para demandar propuestas por Colpensiones, acorde con lo considerado.

Lo mismo ocurrirá con la excepción de prescripción propuesta, como quiera que en el caso de autos se estudiaba la nulidad de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, estando de por medio el derecho a la pensión de la actora, sin que pueda predicarse que operó el fenómeno extintivo.

Colofón de lo dicho, se declarará la nulidad de la afiliación de la señora Graciela Peña Alfonso realizada el 19 de octubre de 1994 a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, acorde con lo considerado.

Ahora bien, como quiera que en la actualidad la actora se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., se ordenará a esta última que proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante Graciela Peña Alfonso en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que proceda a recibir por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. la



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

totalidad de lo ahorrado por la demandante Graciela Peña Alfonso en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

Sin costas en esta instancia ante su no causación, las de primera instancia estarán a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de conformidad con lo expuesto.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2013 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **Declarar** la nulidad de la afiliación de la señora Graciela Peña Alfonso realizada el 19 de octubre de 1994 a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, acorde con lo considerado.

Segundo: Ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante Graciela Peña Alfonso en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

Tercero: Ordenar a Colpensiones que proceda a recibir por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. la totalidad de lo ahorrado por la demandante Graciela Peña Alfonso en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Quinto: Sin costas en esta instancia ante su no causación, las de primera instancia estarán a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de conformidad con lo expuesto.



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

Las partes quedan notificadas en estrados dado su pronunciamiento oral.

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

(EN USO DE PERMISO)

MARIA DEL CARMEN CHAIN LOPEZ
Magistrada

PCC