

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-008-2019-00787-01
DEMANDANTE:	SONIA ESNEDA HERRERA HERRERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen
SENTIDO DE LA DECISIÓN	CONFIRMAR

APROBADO POR ACTA No. 05
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 50

Hoy, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como Ponente **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia de primera instancia No. 158 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **SONIA ESNEDA HERRERA HERRERA** contra **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-008-2019-00787-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 41**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 15 a 23, en las contestaciones militantes a folios 35 a 40, por parte de **COLPENSIONES** y archivo No. 07 del expediente digital se encuentra el escrito de allanamiento y el poder por parte de **COLFONDOS S.A.**, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de la Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado de la señora **SONIA ESNEDA HERRERA HERRERA** que hizo del **ISS** (hoy **COLPENSIONES**) al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** y en consecuencia, ordenó a la AFP devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, tales como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración indexados y rendimientos; por lo tanto, declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada a **COLPENSIONES**.

Finalmente, condenó en costas a **COLFONDOS S.A.**

Para fundamentar la decisión, la *A quo* adujo respecto al allanamiento efectuado por **COLFONDOS S.A.**, que es ineficaz, toda vez que se desconocen las facultades otorgadas a la Dra. Lina Margarita Lengua Caballero, quien funge como Representante Legal en asuntos judiciales, si en efecto cumple con las facultades para allanarse, pues no se aportó la documental que lo acredite; por lo tanto no se tendrá en cuenta el poder especial otorgado al apoderado por la Dra. Lengua; lo anterior, conforme al artículo 77 del C.G.P.

Respecto del Fondo del asunto, que no se desconoce que la demandante se afilió a **COLFONDOS S.A.**; no obstante lo anterior, dentro del proceso no quedó demostrado por parte de la AFP, haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del traslado, tampoco demostró haber comunicado a la demandante a los 47 años que estaba por vencer el término para tomar una decisión de traslado de régimen, estando ante una afiliación desinformada que genera la nulidad del cambio de régimen pensional. En

consecuencia, se declara exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado y se declara la ineficacia del mismo; por lo tanto, se estipula que la actora siempre estuvo afiliada a **COLPENSIONES** y se ordena a **COLFONDOS S.A.** devolver todos los valores recibidos, y a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante en el régimen de primera media.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando, en resumen que, no procede la devolución de cotizaciones, gastos de administración, rendimientos y demás condenas; teniendo en cuenta, que los mismos fueron descontados de los aportes de la demandante por autorización de la Ley 100/93; adujo que la misma actuó con la mayor diligencia y cuidado, tanto es así que generaron buenos rendimientos.

Adicionalmente, sostuvo que la AFP sí informó en debida forma las consecuencias del traslado a la demandante. Con relación a la condena en costas, expresó que se radicó un allanamiento a las pretensiones de la demanda y no se opuso a las mismas, conforme a ello no puede ser condenada en costas judiciales; más cuando la representante legal de **COLFONDOS S.A.** expidió un poder especial que faculta al apoderado a allanarse.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando, que la actora no cumple con los requisitos de edad para realizar el traslado de régimen. Además, dicho cambio de régimen atenta con la sostenibilidad financiera de la entidad, pues no ha recibido los aportes a la seguridad social de la demandante.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo el poder especial que se allegó al expediente, se reconoce personería adjetiva a la Dra. VIVIAN JOHANNA ROSALES CARVAJAL identificada con T.P. No. 189.666 del C.S. de la J. para actuar como apoderada judicial sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 22 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, presentaron escrito de alegatos. La parte demandante no presentó alegatos dentro del término concedido para tal fin.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si procede o no el allanamiento por parte de **COLFONDOS S.A.** de las pretensiones de la demanda y en consecuencia, la exoneración del pago de costas procesales.

Adicionalmente, si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia del traslado de la demandante al **RAIS**, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **COLFONDOS S.A.** hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como aportes, rendimientos, frutos, intereses e incluso el porcentaje de gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** La señora **SONIA ESNEDA HERRERA HERRERA** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1982 y 1994 (fs. 15-17) **2)** Que el 30 de septiembre de 1994 la demandante suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** (f.8) **3)** Que la demandante solicitó a **COLFONDOS S.A.** el traslado de régimen a **COLPENSIONES**, sin embargo, fue contestada en forma negativa. (f.11) **4)** Que la demandante solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad o ineficacia de traslado de régimen, para de esa forma retornar al RPMPD, petición despachada de manera negativa (fs. 12-14).

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

En primera medida se hace necesario resolver lo atinente al allanamiento a las pretensiones de la demanda, manifestado en el recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS S.A.**

Respecto al allanamiento, el artículo 98 del C.G.P., estipula que, *En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda.* Seguidamente, en los numerales 4 y 6 del artículo 99 *ibídem* se establece como causales de la ineficacia del allanamiento, las siguientes:

Artículo 99. *Ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:*

(...)

4. *Cuando se haga por medio de apoderado y éste carezca de facultad para allanarse.*

(...)

6. *Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.*

Una vez revisado las pruebas que obran en el plenario, en efecto se observa el poder que otorgó **LINA MARGARITA LENGUA CABALLERO** en calidad de Representante Legal para fines judiciales de **COLFONDOS S.A.** (archivo No. 11 del expediente digital), a **ROBERTO CARLOS LLAMAS MARTÍNEZ**, facultándolo para “*recibir, desistir, transigir, sustituir, reasumir, conciliar, allanarse...*” (Archivo No. 07 del expediente digital). Se observa entonces que, contrario a lo expresado por la Juez primigenia, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** sí se encuentra facultado expresamente para allanarse a las pretensiones de la demanda en representación de la AFP.

Pese a lo anterior, de todas formas el allanamiento resulta ineficaz, pero en virtud del numeral 6 del artículo 99 arriba descrito; por cuanto **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** integran de manera sustancial un litisconsorcio necesario, donde existe una unidad inescindible respecto del traslado de régimen en debate que requiere una decisión uniforme para todos los sujetos que lo integran; por lo tanto y como quiera que **COLPENSIONES** no coadyuvó el allanamiento, se confirmará lo decidido en este asunto en primera instancia y se mantiene la condena en costas ordenada por la A quo.

Descendiendo al fondo del asunto y teniendo en cuenta la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, es necesario precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, 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, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene 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, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que como se dijo, **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** no probaron.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado (f.08 del expediente digital), siendo la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de

pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó de la demandante y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la señora **SONIA ESNEDA HERRERA HERRERA**, incluidos los rendimientos y los gastos de administración.

Respecto a lo señalado en el recurso de **COLFONDOS S.A.**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, ordenada por la *A quo*, concluye esta Colegiatura que tampoco le asiste razón a la apelante en este punto, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM. Este tópico de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“ (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Por todo lo anterior habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, y al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, se le impondrán costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma de un SMLMV a cada una.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

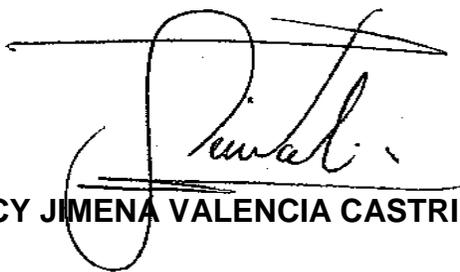
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

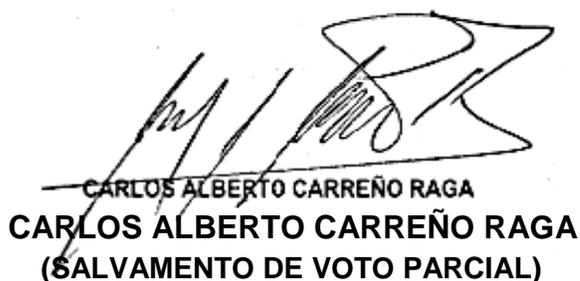
SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho, a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)