

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS
DEMANDADOS	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
RADICACIÓN	76001310500000920200037001
TEMA	COSA JUZGADA - NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 351

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia absolutoria No. 156 del 5 de mayo de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 273

I. ANTECEDENTES

MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES-** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.–** en adelante **PROTECCIÓN-**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a **PROTECCIÓN**, y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

COLPENSIONES indica que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado. Propone la excepción previa de cosa juzgada y las excepciones de fondo denominadas falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe y prescripción.

PROTECCIÓN se opone a las pretensiones e indica que la afiliación realizada por la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones para administrar sus aportes y se cumplió con todos los presupuestos de ley; que el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por tanto, no existió presión ni coacción para efectuar el traslado, el cual no está viciado en el consentimiento. Propone las excepciones de fondo que denomina validez de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada.

El juzgado, mediante Auto interlocutorio No. 7 del 18 de enero de 2021 ordena requerir al Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá para que se sirva expedir certificación respecto del proceso radicado bajo el número 2017-00468, donde actúa como demandante la señora MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, así como copia del expediente.

El juzgado requerido aporta la certificación y copia del expediente antes referido, mediante oficio No. 123 del 12 de marzo de 2021.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali declara probada la excepción de cosa juzgada y absuelve a las demandadas. A dicha conclusión llega por considerar que el proceso ordinario laboral que se adelantó ante el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2017-00468, archivado desde el 27 de noviembre de 2019, presenta identidad de objeto, partes y de causa con el presente proceso; razón por la cual, las razones de mayor orden impiden ventilar una controversia sobre la que ya se sentó una decisión previamente, la que cuenta con validez jurídica.

III. RECURSO DE APELACIÓN

MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS

El apoderado judicial manifiesta que entre la sentencia ejecutoriada proferida dentro del proceso que se adelantó ante el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá y el presente proceso no existe identidad de objeto, por cuanto lo que se solicitó entonces fue la

declaratoria de la nulidad de la afiliación, que implica la existencia de un vicio del consentimiento; mientras que en el presente proceso lo que se solicita es la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, que trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico de afiliación por la falta de información al momento del traslado.

Además, indica que la Corte Constitucional ha señalado que existen casos donde no se predica la existencia de cosa juzgada cuando se da la existencia de nuevos elementos que pueden cambiar por completo la decisión; como lo es en el presente caso el cambio de criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia *2frente a determinar que en los casos donde el fondo privado no informa de manera clara y completa al afiliado, lo que se da es una ineficacia de la afiliación y no una nulidad*”; figuras jurídicas que tienen efectos distintos.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE LA APODERADA JUDICIAL DE COLPENSIONES

Manifiesta a la demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad pensional, por lo cual, no procede el traslado de conformidad al art. 2 de la Ley 797 de 2003; que cuando realizó el traslado de régimen estaba en el derecho de hacerlo, por lo que su representada no tuvo ninguna injerencia en la decisión libre y voluntaria de la demandante. Además, solicita sea absuelta de costas procesales. Por tanto, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si hay lugar o no a declarar probada la excepción de cosa juzgada, en caso de no ser procedente; si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PROTECCIÓN S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si prospera la excepción de prescripción.

NO HAY LUGAR A DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

Debe recordarse que para que se predique la existencia de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 303 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S., debe existir identidad de:

- i) Personas o sujetos: es decir, que se trate del mismo demandante y el mismo demandado.
- ii) Objeto o cosa pedida: que corresponde al derecho que se reclama.
- iii) Causa para pedir: es decir, de los hechos que sirven de fundamento al derecho reclamado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL3212-2019, precisó que para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; *“como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres*

igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.". (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior ha sido reiterado por la Corporación en sentencias SL14063-2016, SL1686-2017, SL1705-2017, SL1164-2021 y SL2197-2021.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, la Sala considera que no es procedente que se declare probada la excepción de cosa juzgada, como quiera que entre el proceso adelantado y culminado ante el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2017-00468 y el presente proceso; no se evidencia la existencia de identidad de objeto y causa.

Veamos por qué se dice

En el documento número 25 del cuaderno virtual de primera instancia obra copia del expediente completo del proceso adelantado y culminado ante el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2017-00468; por su parte, en el documento 6 obra copia de la demanda del proceso que hoy nos ocupa. Del libelo inicial del proceso con radiación 23-2017-00468 y, de los hechos y pretensiones de la demanda que inició el presente proceso, se desprende que:

1. Existe identidad de partes, pues tanto la demandante como las demandadas corresponden a las mismas personas.
2. No existe identidad de objeto, por cuanto lo que se pretendió en el primer proceso fue la declaratoria de nulidad de la afiliación por vicios del consentimiento; mientras que lo que se pretende en el presente proceso es la ineficacia de la afiliación porque

PROTECCIÓN no cumplió con el deber de información al momento del traslado.

3. No existe identidad de causa, porque los hechos que sirven de fundamento al derecho reclamado en el primer proceso están basados en que PROTECCIÓN indujo a la demandante *“de manera equívoca a vincularse”* al RAIS; mientras que los hechos en que se basa el derecho reclamado en el presente proceso están referidos a que PROTECCIÓN *“no informó a mi representada de los riesgos que implicaba el cambio de régimen de pensión del RPMD y el RAIS”* y que la demandante *“al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional no recibió una información clara, calificada y suficiente”*.

De esta manera, es posible apreciar que se trata de dos situaciones de hecho disímiles, pues la pretensión principal del proceso que nos ocupa busca la declaratoria de ineficacia de la afiliación por no haberse informado a la demandante sobre las consecuencias de su traslado al momento de afiliarse a PROTECCIÓN; mientras que, en el primer proceso, lo que se buscaba era la declaratoria de nulidad del traslado por vicios en el consentimiento de la actora.

Frente a la identidad de objeto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1303-2018, reiterada en la sentencia SL973-2021, dispuso:

“...debe estudiar si con su resolución contradice una decisión anterior, estimando un derecho ya negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente. El respectivo análisis no sólo debe precisar si existe identidad entre los planteamientos y pretensiones ventiladas en los procesos <objeto petitorio>, también debe comprender que cuestiones ya

fueron objeto de resolución y se encuentran excluidas de pronunciamiento para no generar el desconocimiento del bien jurídico reconocido de manera precedente *<objeto decisorio>*.”

Así las cosas, lo que se pueda decidir en el presente proceso no contradice una decisión anterior, habida cuenta de que no está estimando un derecho ya reconocido, pues como se dijo, los hechos vertidos en ambos procesos son diferentes. Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de cosa juzgada.

Por las razones anteriores, se pasarán a estudiar las pretensiones de la demanda, pues no hacerlo conlleva a un pronunciamiento inhibitorio, dejando en suspenso la posible materialización del derecho sustancial de la actora. Lo que encuentra sustento en la manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11478-2017:

“...si el juzgador de segunda instancia consideró que no se encontraba probada la excepción de cosa juzgada, lo que seguía era estudiar las pretensiones de la demanda, de lo contrario se daría un pronunciamiento inhibitorio, dejando en suspenso la posible materialización del derecho sustancial, impidiendo que precisamente el demandante conociera la decisión definitiva de su conflicto jurídico. Más absurdo es pretender que la revocatoria de la excepción de la cosa juzgada conllevaba automáticamente la concesión de las pretensiones, puesto que el a quo ni siquiera había examinado el fondo de las pretensiones.”

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y/O AFILIACIÓN

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir

entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PROTECCIÓN no demostró que cumplió con el deber, que les asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

DE LAS CONSECUENCIAS DEL TRASLADO

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, esta Sala indica que serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración indexados con cargo a sus propios patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., en tal sentido se adiciona la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

“(…) 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)”.

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Así las cosas, la ineficacia del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por el demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema, Sala Laboral en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019; por tanto, se confirma la sentencia de instancia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuestas por las demandadas, debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las

normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente. En consecuencia, avalar la posición de COLPENSIONES y PROTECCIÓN implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social.

Por lo anterior, se declarará la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS y, se ordenará a PROTECCIÓN la devolución de todos los dineros que obren en la cuenta individual de la actora, así como bonos pensionales, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora.

De conformidad a lo expuesto se revoca la sentencia consultada y apelada. COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a favor de MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS. Las de primera instancia liquídense por la secretaría del Juzgado. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho, a cargo de cada una.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 156 del 5 de mayo de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, efectuado por la señora **MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS**.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje descontado por los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** a favor de **MARIA CARMENZA CASTAÑEDA CHARCAS**. Las de primera instancia liquídense por la secretaría del Juzgado. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un

salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho, a cargo de cada una.

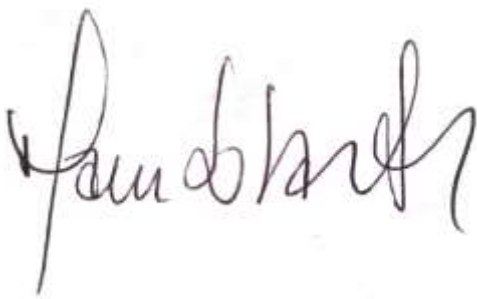
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

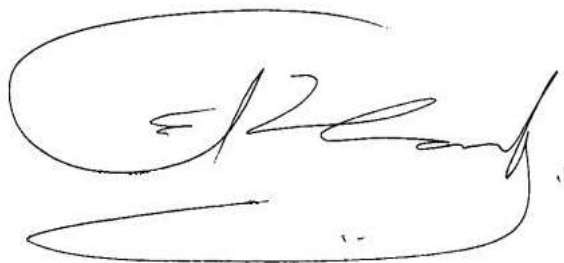
Los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

**German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**5c5a0082a507a7e752b9c6b5b3c4e3fd63080fc074729f6eea4e
391cf20e31b3**

Documento generado en 30/07/2021 09:24:43 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**