

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FRANCO AURELIO RODRÍGUEZ RODRÍGEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -COLFONDOS S.A.- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. -PROTECCIÓN S.A.- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR S.A. –
RADICACIÓN	76001310500920200040301
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. COSA JUZGADA
DECISIÓN	SE CONFIRMA SENTENCIA ABSOLUTORIA APELADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 318

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la pate DEMANDANTE contra la sentencia absolutoria No. 159 del 7 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

Tener por reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

SENTENCIA No. 238

I. ANTECEDENTES

FRANCO AURELIO RODRÍGUEZ RODRÍGEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** –, con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS producido a partir del 1° de septiembre de 1994, porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el retorno del demandante de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** junto con las cotizaciones realizadas a favor del régimen de ahorro individual, con la capitalización, indexación e intereses, el bono pensional recibido de las cajas de previsión social o entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliado; que se conde a **COLFONDOS, PROTECCIÓN, PORVENIR** y **COLPENSIONES** a trasladar los gastos de administración generados por la permanencia de mi mandante en el régimen de ahorro individual con la capitalización, indexación e intereses de mora; igualmente, solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que “*el demandante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para*

acceder al traslado, toda vez que se encuentra válidamente afiliado a Porvenir S.A.”, y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que el demandante pueda trasladarse de régimen por faltarle diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso la **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA** en consideración a que el demandante a través de apoderado judicial presentó demanda que cursó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, bajo la radicación 5200131050020150028100, observándose como resultado del proceso de primera instancia favorable para el demandante, y posteriormente el de segunda instancia ordenó revocar el resultado de primera instancia, proceso que se encuentra archivado; que respecto a ese proceso se cumple los presupuesto de la cosa juzgada, de la identidad de partes al ser Colfondos, Porvenir, Protección y Colpensiones, el objeto y la pretensión es la ineficacia de la afiliación y/o la nulidad del traslado de fondo pensional.

También propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indica que todas y cada una de estas afiliaciones realizadas por la parte demandante demuestran su plena voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, su complacencia con el mismo, y su expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones de este, asimismo, debe tenerse en cuenta, que esta jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información, teniendo amplios términos para hacerlo, toda vez que la primera afiliación se dio en el año 1994, esto en consideración a que el traslado inicial desde el régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad fue efectuado por la parte demandante con COLFONDOS

S.A. en el año 1994; que posteriormente en el año 1997 la demandante decide de manera voluntaria trasladarse a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y que posteriormente en el año 1999 el demandante ratifica su voluntad de permanencia en el RAIS al trasladarse de manera libre e informada a PORVENIR S.A.; que fue ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación, de reiterarle el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal y como se dejó plasmado en el formulario de afiliación No. 1178675, el cual dice que se presume auténticos de acuerdo con los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, en el cual expresó *“Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.”*

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y genérica.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que cuenta con asesores comerciales capacitados, a través de los cuales, entregó al demandante una información objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas, desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que el demandante decidió tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambiarse de régimen.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la afiliación o vinculación se realizó con el lleno de los requisitos legales, que se realizó

de manera libre, espontánea y sin presiones y dentro de las oportunidades legales no manifestó el deseo de retractarse del mismo.

Adujo que no es procedente la devolución de los gatos de administración son aquellos que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media; que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN S.A., mi representada administró los dineros que la misma depositó en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado, puesto que PROTECCIÓN es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados; adicionalmente, que dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generó la cuenta de ahorro individual del demandante.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación del actor a Protección, la ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

El Juzgado mediante el Auto No. 0189 del 26 de enero de 2021, visible en el Pdf18 del cuaderno digital del Juzgado, ordenó oficiar al Juzgado

Segundo Laboral del Circuito de Pasto, para que se sirviera expedir certificación respecto al proceso radicado bajo el número 2015-00281, donde actúa como demandante el señor FRANCO AURELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 5.341.615 contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“(…) 1.- DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE FONDO, propuesta oportunamente por la apoderada judicial de la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al descender el traslado de la demanda, la cual denominó “COSA JUZGADA”, respecto a la totalidad de las pretensiones reclamadas en la demanda instaurada por el señor FRANCO AURELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2.- La presente sentencia, CONSULTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

3. COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. FIJESE la suma de \$200.000, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo de la parte accionante y a favor de las demandadas, por partes iguales. Esta providencia se notifica a las partes y a sus apoderadas judiciales, en ESTRADOS. Consta de un CD que se incorpora al proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Se concede la palabra a los señores apoderados judiciales de las partes, por si desean interponer recurso de apelación contra la sentencia aquí proferida. (...)”.

Para llegar a la anterior decisión indicó que, a partir de los documentos allegados por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en los que se encuentra una copia de la demanda instaurada por Franco Aurelio Rodríguez Rodríguez contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., FL 83-99 IMG20210324_11443988 de la carpeta ANEXOS RESPUESTA OFICINA JUDICIAL PASTO, proceso con radicado único 52001310500220150028100 en el que pretendía se declarara lo siguiente:

“La nulidad del traslado de Franco Aurelio Rodríguez Rodríguez a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS producido a partir del 1 de septiembre de 1994 a ING administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., producido a partir del 6 de octubre de 1997 y a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., producido a partir del 1° de junio de 1999, y como consecuencia condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES a recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. los bonos pensionales recibidos en su momento de las diferentes cajas de previsión social o entidades de seguridad social para los cuales estuvo afiliado por el periodo comprendido del mes de octubre de 1983 al 31 de agosto de 1994, con la indexación pertinente e intereses de mora; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. todas y cada una de las cotizaciones realizadas para pensiones al régimen de ahorro individual desde el 1° de septiembre de 1994 hasta la fecha que se realice su retorno definitivo a Colpensiones con la indexación pertinente e intereses de mora; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer los perjuicios materiales y morales causados con su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin contar con la asesoría idónea en materia pensional y condenar en costas a las demandadas”

Siguió referenciando la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el primero (1°) de julio de dos mil dieciséis (2016), folio 102 y 103 del archivo IMG20210324_11443988 de la carpeta ANEXOS RESPUESTA OFICINA JUDICIAL PASTO, en los siguientes términos:

“PRIMERO: se declara la nulidad del traslado de Franco Aurelio Rodríguez Rodríguez del régimen de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante la Sociedad Colfondos Pensiones y Cesantías, y consecuentemente los efectuados ante las administradoras del Régimen de Ahorro Individual. SEGUNDO: se ordena a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a trasladar los valores percibidos a título de cotizaciones, bonos pensionales si los mantiene en su poder, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. TERCERO: ABSOLVER a la demandada Colpensiones de la pretensión relacionada con el pago de perjuicios materiales y morales. CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, salvo las denominadas cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación respecto del pago de los perjuicios materiales y morales implorados en la demanda y la de imposibilidad de condena en costas, formulada por esta última que se declaran probadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, fijando como agencias en derecho el equivalente a tres millones cuatrocientos cuarenta y siete mil doscientos setenta y cinco pesos (\$3.447.275). SEXTO. Consúltese esta providencia ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y por secretaría se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”

Luego indicó que esa providencia fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y que en la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se decidieron los recursos mediante la sentencia del 23 de febrero de 2017, vista a folio

112 a 115 del archivo del archivo IMG20210324_11443988 de la carpeta ANEXOS RESPUESTA OFICINA JUDICIAL PASTO, en la que se revocó la sentencia y absolvió a las demandadas.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada propuesta por Colpensiones, indicó que la identidad de objeto (mismas pretensiones), identidad de causa petendi (mismos hechos), identidad de partes, se cumplen entre el presente proceso y el proceso que instauró el actor con radicado único 52001310500220150028100, que fue tramitado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto.

Dijo al margen de lo anterior, que lo único que diferencia entre un proceso y otro, es que el que se tramitó en Pasto se solicitó que se declarara la nulidad de traslado, mientras que en el presente se solicita es la ineficacia del traslado, frente a lo cual dijo que la Jurisprudencia SL 3464 de 2019 donde al referirse a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado de régimen señaló:

“ en la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la sala en la sentencia CSJ SL1688 de 2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda, vuelta al statu quo ante, con asidero en este argumento, se afirmó que cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica entendida en su acepción general, bien porque falte uno de los requisitos estructurales o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma, declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás CSJ SC 3201 de 2018.

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el art. 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la sala se apoyará en él, para dilucidar el problema planteado, la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho a las partes derecho para hacer restituidas al mismo estado en que se hallarían,

sino hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia las partes en lo posible deben volver al mismo estado en que se hallarían, sino hubiese existido el acto de afiliación, o dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir, ineficacia extum, desde siempre, en la medida que 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 ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida a 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 esta 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 a las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz debe ingresar al régimen de prima media con prestación definida con prestación definida administrado por Colpensiones. En estos mismos términos se ha referido la Corporación en la sentencia CSJ SL 31988 del 9 septiembre de 2008, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL 4989 de 2018, CSJ SL 1421 de 2019 y CSJ SL 1688 de 2019 (...)"

Indicó que de la línea jurisprudencia encuentra que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia del traslado son idénticas a la declaración de la nulidad de traslado; que para este caso, que la demanda instaurada por actor ante Juzgado Laboral del Circuito de Pasto solicitó que se declare la nulidad del traslado, y que en este proceso solicita que se declare la ineficacia del mismo, dado que conforme lo reitera la citada corporación las consecuencias prácticas de unas y otras son idénticas debe inferirse entonces que en este caso frente a la identidad de partes de objeto y de pretensiones se presenta la figura jurídica de la cosa juzgada, y así la declaró.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del DEMANDANTE presentó el recurso de apelación y planteó su desacuerdo respecto a la declaración de cosa juzgada, aduce que no existe identidad de causa petendi así,

“se presentan nuevos supuestos para retornar el estudio a partir de nuevos elementos, tal y como lo relata la señora juez dentro de la decisión y que no tuvo en cuenta al momento de decidir. En efecto al hacer un recorrido por los antecedentes procesales el Juzgado estableció que efectivamente la Sala Laboral en sentencia del 17 de febrero de 2017 revocó la sentencia en la cual el juzgado de primera instancia había declarado la nulidad del traslado y la afiliación de mi mandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS. Sin embargo, para efecto de sustentar su decisión la señora Juez otorga nuevamente los efectos procesales, las consecuencias procesales de dichas declaratorias con base en sentencias pronunciadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que datan desde el año 2018 y en adelante, puesto que de la línea jurisprudencial que ella ha hecho alusión para efecto de identificar que la solicitud de nulidad trae las mismas consecuencias de la ineficacia, se puede determinar que ellas surgen de la línea jurisprudencial adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, plasmada a raíz de los fallos proferidos desde el año 2018 y en adelante en especial los que fueron proferidos en el año 2019, a través de la sentencia SL1688 y 1686 de 2019. Ellos conlleva a entender que a partir del año 2019 existen nuevos elementos y nuevas materias identificativas para poder resolver que efectivamente dentro de este proceso existe nuevos elementos para poder plantear la causa petendi; de allí que, si bien, al parecer en inicio existiera las consecuencias de la nulidad y la ineficacia fueran las mismas, en el proceso no existe cosa juzgada, en tanto que la decisión y la pretensión elevada por el demandante ante la administración de justicia fue realizada con anterioridad a la expedición de nuevos elementos de decisión como fueron las reglas jurisprudenciales analizadas por la Corte Suprema de Justicia en el año 2019 en los que como correctamente lo concluye la señora Juez se equiparó los efectos de la nulidad a los de la ineficacia, por lo tanto, le correspondía a la señora Juez decidir el caso aduciendo a través de los nuevos elementos que confrontan la jurisprudencia, no encontrando entonces configurado el elemento de la cosa juzgado en cuanto a la identidad de causa petendi. Por tal razón, considero que se debió analizar el fondo de la decisión y efectivamente debió evaluarse si las subreglas jurisprudenciales planteadas a partir del año 2019, como que la libre

escogencia del régimen pensional a partir de la libertad de información constituye o no una ineficacia del traslado de acuerdo a lo establecido en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, cuya consecuencia efectivamente torna la ineficacia analizada y clarificada a partir de estas pautas jurisprudenciales proferidas de la Sala de Casación Laboral de la Corte en el año 2019.

Ahora, en cuanto a la cosa juzgada hay que determinar que esta no es una cosa juzgada formal en cuanto a lo que tiene que ver con la aplicación de derechos ciertos e indiscutibles para los cuales no opera la cosa juzgada, y dentro de ellos está clasificado el derecho de escoger libremente la afiliación como principio que rige el sistema de seguridad social en pensiones, en tanto que la libre escogencia, que considera un derecho cierto e indiscutible, en la medida como lo identifica la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia SL 1062 de 2018 depende de las circunstancias particulares de cada caso y el respectivo análisis debe estar mediado entre otras cosas, como factores de la fuente del derecho, la estructura normativa a partir de la cual se define y cumple los requisitos necesarios para causación, de manera que define que un derecho será cierto, real e innegable cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista la certeza que no hay ningún elemento que impida su configuración o exigibilidad tal y como lo planteó la Corte en sentencia SL del 14 de diciembre de 2017, radicado 29332 y SL 4464 de 2014.

En esa medida también debe abordarse el asunto bajo la perspectiva de que existe un derecho irrenunciable que es la escogencia de la afiliación, de manera que esta situación opera por encima de la cosa juzgada y debe ser abordado nuevamente para efecto de verificar si el demandante contó con la información clara, completa y comprensible a efectos de verificar si la escogencia de su régimen pensional o la escogencia de su traslado de régimen pensional fue precedido de esta información para que pueda validarse al tenor de lo establecido del artículo 271. De manera que, en este asunto no se encuentran configurados los elementos de la cosa juzgada, puesto que si bien se trata de identidad de partes y procesos, la causa no es la misma por las razones consideradas con anterioridad, en tanto que, debe considerarse que es un elemento factico y normativo el cambio o la precisión jurisprudencial que ha hecho a partir de la corte, lo cual en el año 2017 en que se profirió la decisión de segunda instancia que llevó al traste con los derechos de mi mandante no se contaba con un elemento jurisprudencial, factico y jurídico que le permitiera al juez dilucidar que efectivamente existían esas situaciones, por lo tanto, no se puede a partir de una providencia posterior, considerar que pueda configurarse las mismas consecuencias de la ineficacia, esto también partiendo a partir de la teoría de los precedentes judiciales, en tanto

que al momento mismo que fue fallado el asunto no se encontraba vigente las sentencias con las cuales la señora juez ha realizado la configuración de la cosa juzgada, puesto que para esa fecha no se tenían las pautas que con claridad meridiana las expone en esta decisión la señora Juez de la causa.

Por tal razón, su señoría al no encontrar verificada el elemento de identidad de causa petendi, considero que no se debe resolver la declaratoria de probada de la excepción de cosa juzgada, y por lo tanto, debe resolverse de fondo el asunto de la referencia, (...) y porque la escogencia de afiliación a un régimen pensional es un derecho cierto e indiscutible que está por encima de la configuración de la cosa juzgada (...)."

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 FRANCO AURELIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

La apoderada judicial del demandante considera que la decisión de declarar la cosa juzgada no es acertada, y que se debe declarar la ineficacia del traslado, con los siguientes argumentos:

"(...)

1. En el presente caso no se configuran las tres identidades procesales en las que se fundamentó la a-quo para dar al traste con la petición de ineficacia del traslado de régimen pensional a favor de mi mandante, en tanto que si bien las partes son las mismas, el objeto y la causa del juicio anterior no son iguales a las del presente, puesto que la pretensión solicitada en otrora como nulidad, no contiene el mismo fundamento jurídico que el ahora planteado consistente en aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo cual constituye un hecho nuevo que no podía ser desconocido y que, por tanto, impedía que se configurara dichas identidades, lo que derruía la consolidación de la cosa juzgada.

2. Luego, la perspectiva que debe aplicarse al presente asunto es la inaplicabilidad de la cosa juzgada cuando se debate la ineficacia en el cambio de régimen pensional con fundamento en la aplicación de los efectos del citado artículo.

3. Y es que el derecho a la seguridad social está íntimamente ligado con el derecho irrenunciable a la pensión, por lo tanto, la solicitud de ineficacia del traslado del régimen pensional solicitada ahora por mi mandante se ampara en un nuevo criterio jurisprudencial pronunciado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

4. Ello es posible, porque tal como lo ha analizado la citada Corporación en un caso *mutatis mutandi* “no se configuran las tres identidades procesales a que se acaba de hacer alusión, pues aunque las partes y el objeto del juicio anterior son iguales a las del presente, no sucede lo mismo con la causa, en vista que, como lo estimó con acierto la segunda instancia, la sentencia CC SU-1073-2012 «consolidó el derecho de indexación de la primera mesada para las pensiones reconocidas antes de la Constitución Política», lo cual constituye un hecho nuevo que no podía ser desconocido y que, por tanto, impedía que se configurara la identidad de aquella, pues al presentarse un cambio de precedente con posterioridad a las decisiones emitidas en el primer proceso, las premisas fácticas y jurídicas de la segunda reclamación habían variado, lo que derruía la consolidación de la cosa juzgada, en perspectiva de que esta se configura ante la acumulación de la triada de elementos mencionada” (Sentencia SL1542-2021).

5. El criterio actual e imperante en esa Sala de Casación, es que la ineficacia del traslado debe abordarse en aplicación de la normativa citada, siendo este un «nuevo ingrediente jurisprudencial» relativo al examen de la figura aplicable al traslado de régimen pensional desinformado, siendo aquella y no la nulidad, como se pidió en el primer proceso sobre el cual la a-quo fundamento la configuración de los elementos para declarar la producción de la cosa juzgada.

6. De manera, que en este caso se impone la condena a los demandados en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de mi mandante y de ordenar su devolución al RPMCPD como si nunca hubiera cambiado, pues en la actualidad la misma Corporación ha posicionado el criterio que cuando un afiliado provenga de las cajas de previsión, se entiende afiliado al RPMCPD y por tanto su cambio al RAIS es un traslado y no una afiliación inicial.

7. En efecto, en sentencia SL1305-2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte, se pronunció de la siguiente manera sobre un caso análogo al de mi representado:

“Al respecto debe decirse, que desde la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los servidores de los entes territoriales, vinculados a las cajas de previsión, a partir del 30 de junio de 1995, y conforme a los Decretos 348 de 1995 y 1642, y artículos 2 y

3 del Decreto 1068 de ese mismo año, podían seleccionar el RPMPD, del entonces ISS, hoy Colpensiones, o el RAIS, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, ello en virtud de lo previsto en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, salvo que ya estuvieren afiliados a aquel, caso en el que podían continuar, sin que fuera «necesario el diligenciamiento de formulario o comunicación alguna».

Es decir, que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Pasto, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen.

Sobre el particular se pronunció esta corporación en la sentencia CSJ SL, 2 feb. 2006, rad. 27166, en la que se reiteró la CSJ SL, 8 ago. 2003, rad. 21053:

La censura sostiene que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 consagra el derecho a la pensión sanción únicamente a favor de los trabajadores despedidos sin justa causa que por culpa u omisión del empleador no hubiesen sido afiliados al Sistema General de Pensiones después de haber prestado sus servicios por más de 10 años continuos, y no considera como afiliados a dicho sistema a los trabajadores que continuaron inscritos en los regímenes anteriores a su entrada en vigencia, y en este asunto concreto, a los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social pues entiende, que esta última no hace parte de las entidades administradoras de pensiones reguladas en la citada ley. Esta posición no es acertada, pues la mencionada Ley 100 de 1993 previó en su artículo 52 como regla general, que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales y estableció que las cajas, fondos o entidades de seguridad existentes a su entrada en vigencia en los sectores público o privado, administrarían este régimen respecto de sus afiliados mientras subsistieran, sin detrimento de que aquellos se acogiesen a cualquiera de los regímenes pensionales previstos en la ley. Siendo esto así, no cabe la menor duda de que la Caja de Previsión Social es una entidad administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de manera que sus afiliados lo son a este sistema y por tanto solo tienen derecho a percibir la pensión sanción dentro

de las modalidades establecidas para esa figura jurídica en la Ley 100 de 1993.

Lejos de conculcar la libertad de elección de los afiliados, la afiliación automática quiso facilitar el ejercicio de tal prerrogativa a través de dos vías: en primer lugar, facilitando a quienes estuviesen afiliados a 31 de marzo de 1994 a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, conservar el sistema de reparto simple, de ser esa su voluntad, sin siquiera tener que diligenciar formulario o efectuar comunicación al respecto, sino a partir de su sola permanencia en la misma; y en segundo lugar, permitiendo ejercer, sin restricción temporal, la posibilidad de migrar a otro modelo pensional desde ese mismo momento, vedada a quienes no se encontraban en esa misma situación. De lo anterior deviene que contrario a lo señalado por el ad quem, en el presente evento, no se trató de una afiliación inicial por parte de la señora Enríquez Guerrón al Sistema General de Pensiones a través de Porvenir el 18 de mayo de 1995, sino de un traslado de régimen, ya que aquella con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía afiliada al RPMPD; en consecuencia, incurrió el sentenciador de segundo grado, en infracción de las normas denunciadas en la proposición jurídica”.

8. Por lo tanto, este es un hecho distinto que también corrobora la inexistencia de cosa juzgada en el caso de mi representado. En consecuencia, por conducto del ponente, pido a las señoras(es) magistradas(os) se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, conforme el objeto del recurso de apelación de mi representado, para que en su lugar se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Solicita que se confirme la sentencia, indica que se probó la excepción previa de cosa juzgada, porque el demandante presentó demanda que cursó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, bajo la radicación 52001310500220150028100, observándose como resultado del proceso en primera instancia favorable para el demandante, y posteriormente el de segunda instancia ordenó revocar el resultado de primera instancia, proceso que se encuentra archivado, encontrando los elementos requeridos por la ley, como lo son identidad de las partes, presupuesto que se cumple, toda

vez que las partes son las mismas, es decir de Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., la cosa pedida tiene como objeto la ineficacia de la afiliación y/o la nulidad del traslado de fondo pensional.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial solicita que se absuelva a su representada de las pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Puestos los antecedentes en contexto, para definir el problema que resolverá la Sala, se tiene que en este proceso no hay discusión que en relación al Proceso Ordinario de Primera Instancia identificado con el radicado único 52001310500220150028100 tramitado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto existe identidad de partes, y que lo que se pretende en ambos procesos es que por la ausencia de información que debieron suministrar las administradoras de régimen de ahorro individual al demandante, se deje sin efecto jurídico el traslado que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues así ha quedado definido en el juzgado y las partes no han mostrado inconformidad sobre esos puntos. En lo que existe discusión es que el demandante considera que el camino de llegada a tal declaratoria denominada en este proceso como ineficacia del traslado es un “*nuevo ingrediente jurisprudencia*” que hace que no existe identidad de *causa petendi* o de hechos, y considera que es diferente a la nulidad de traslado que planteó en el proceso judicial de Pasto, y que la libre escogencia de régimen es irrenunciable y que está “*por encima de la figura de la cosa juzgada*”.

Así las cosas, la Sala resolverá si existe o no identidad de hechos o causa petendi para declarar o no probada la excepción de cosa juzgada

propuesta por Colpensiones entre este procesos respecto a la pretensión de declarar la ineficacia del traslado que el demandante efectuó a partir del 1° de septiembre de 1994 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Proceso Ordinario Laboral del Primera Instancia tramitado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, identificado con el radicado único 52001310500220150028100, en el que se declaró la nulidad del traslado que el demandante efectuó a partir del 1° de septiembre de 1994 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y dicha decisión fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Pasto; en el evento de encontrarla demostrada, se definirá si el derecho a la libre escogencia de régimen pensional es un derecho irrenunciable que está por encima de la cosa juzgada; y en caso negativo, se decidirá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante, y cuáles son las consecuencias de la ineficacia.

La Sala considera que sí existe identidad de causa petendi o hechos en el presente caso y el Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia identificado con el radicado único 52001310500220150028100, tramitado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, por lo que al no existir discusión que existe identidad de sujetos y de pretensiones, y considerarse que están basados en los mismos hechos se configura la cosa juzgada.

La cosa juzgada es el fenómeno jurídico impide que se vuelva a estudiar un asunto que ya ha sido resuelto previamente por otra autoridad judicial, lo anterior, atendiendo el principio de seguridad jurídica, el efecto de firmeza y ejecutoria de una actuación que normalmente pone fin a un proceso; sin embargo, también se le ha dado este efecto a otros actos procesales o extraprocesales que finiquitan un conflicto, como por ejemplo

la conciliación, la transacción, o un laudo arbitral, entre otros. Del mismo modo, el desistimiento de las pretensiones aprobado mediante un auto conlleva el efecto aludido, pues se entiende que desistir implica la renuncia a las pretensiones que impide que las mismas sean llevadas nuevamente a la jurisdicción.

La recurrente alega que la jurisprudencia a partir del año 2019 determina que la consecuencia por la falta de información al momento del traslado es la ineficacia del traslado, lo que a su parecer constituye un hecho nuevo, pues antes la jurisprudencia lo denominaba nulidad de traslado. La Sala considera que el uso del término ineficacia de traslado se aborda como una consecuencia de la trasgresión del deber de información, por lo cual, no es recibo que al solicitar en este proceso su declaratoria constituya un hecho nuevo por ser un nuevo criterio jurisprudencial, pues en el proceso con radicado único 52001310500220150028100 tramitado en el Juzgado Segundo de Pasto quedó planteado que la nulidad del traslado se sustenta en la ausencia de información, lo cual, se entiende que nulidad de traslado e ineficacia del traslado se han expuesto como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas, lo cual no corresponde a un hecho novedoso que permita pasar por alto al cosa juzgada.

Además, si se llegara a considerar que la Corte Suprema varió las consecuencias de la falta del deber de información como lo aduce la recurrente, y que la ineficacia y nulidad tienen origen y consecuencias diferente, aun así, se debe tener en cuenta que los cambios jurisprudenciales no constituyen una nueva situación que permita quebrantar la institución de la cosa juzgada, por lo cual, no son hechos nuevos que permitan que sobre un mismo asunto con identidad de partes y pretensiones se tengan varios resultados que dependen de un criterio jurisprudencial, eso es quebrantar la seguridad jurídica que precisamente

buscan proteger la figura de la cosa juzgada. Sobre el particular, el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de septiembre de 2015¹, sostuvo:

“(...) como ya lo ha venido sosteniendo de tiempo atrás el Consejo de Estado, el cambio de precedentes jurisprudenciales no puede ser utilizado para quebrantar la cosa juzgada respecto de situaciones jurídicamente consolidadas mediante sentencias debidamente ejecutoriadas, pues se atenta de manera indebida contra el principio de la seguridad jurídica, habiéndose explicado con suficiencia que, para que su existencia surta los efectos deseados, el “argumento nuevo”, sea fáctico o jurídico, debe ser anterior o contemporáneo con al trámite del proceso, y que no hubiere sido considerado en su momento por el fallador de turno por omisión de la parte que lo invoca (...)”

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-819/09 al revisar los fallos de tutela proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y del Consejo Superior de la Judicatura, determinó que un cambio jurisprudencial no afectaba la cosa juzgada, ya que la decisión que allí se discutía se adoptó con fundamento en el precedente aplicable al momento de dictar sentencia.

En cuanto a que la libre escogencia de régimen pensional está ligado al derecho a la pensión, por lo cual es un derecho irrenunciable y que sobrepasa la cosa juzgada. En este punto, la Sala diferencia una cosa de otra, pues si bien el derecho a la pensión es irrenunciable, en este evento se pretende definir es si el acto de traslado es eficaz o no, por tanto, en el proceso con radicado único 52001310500220150028100 tramitado en el Juzgado Segundo de Pasto, decidió a partir de las pruebas y hechos del proceso si era o no nulo, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, lo cual va ligado a la seguridad jurídica de las decisiones que en nada tiene relación con la irrenunciabilidad del derecho a la pensión, pues la decisión

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Núm. Interno: 2186-15. C.P. Gustavo Gómez Aranguren. En igual sentido ver: núm: interno: 2687-14. C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

absolutoria no puede entenderse como una renuncia a los derechos, sino como una resolución a las pretensiones, que se itera, hace tránsito a la cosa juzgada.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **FRANCO AURELIO RODRIGUEZ** a favor de COPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor 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:**

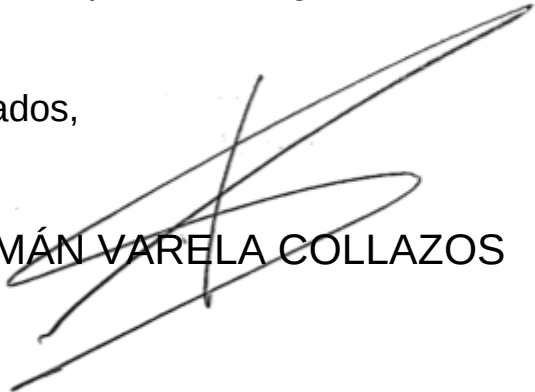
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada identificada con el No. 159 del 7 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO COSTAS en esta instancia a cargo de **FRANCO AURELIO RODRIGUEZ** a favor de COPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor de cada una.

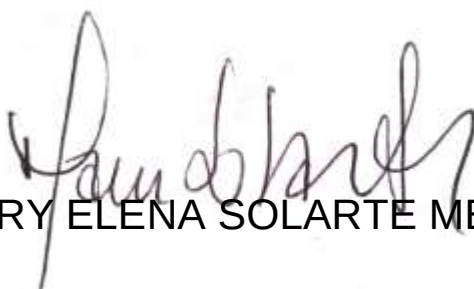
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

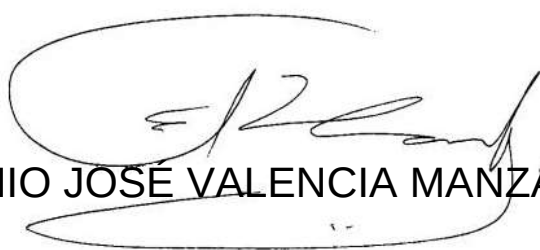
Intervinieron los Magistrados,



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 - Valle Del Cauca

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: **0d510e0a855e91778d33ac016e9dcbf9eaca12983143b5a9c1cafe07362dab0f**

Documento generado en 30/07/2022 02:27:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>