

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO
VS. PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
LITIS: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN: 760013105 015 2020 00004 01

Hoy treinta (30) de septiembre de 2022, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve las **APELACIONES** de la parte DEMANDANTE, la demandada PROTECCIÓN S.A. y la integrada en el litisconsorcio necesario la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO** contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, siendo integrado en el litisconsorcio necesario la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** con radicación No. **760013105 015 2020 00004 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 25 de mayo de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 33**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver las **apelaciones** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 321

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como tener como única afiliación válida del demandante al sistema pensional, la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Así mismo se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, valor del bono pensional a la fecha de su emisión con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración y mesadas pensionales ya canceladas, ni las mermas sufridas por el capital.

Peticionó que se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo aplicable las normas consagradas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año para el reconocimiento de la pensión de vejez y en consecuencia se condene a COLPENSIONES a liquidar y pagar la pensión de vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el I.B.L. más favorable establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Subsidiariamente solicitó el pago total de la mesada pensional del actor desde el 8 de diciembre de 2012, se condene a las demandadas a pagarle el retroactivo por las diferencias pensionales que se presenten entre la mesada reconocida y pagada por PROTECCIÓN S.A. y la que deba reconocer COLPENSIONES con sus debidos ajustes desde el 8 de diciembre de 2012 y hasta el momento de la inclusión en nómina de pensionados.

Pretendió la indexación de las condenas y el pago de las costas procesales.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderada judicial que nació el 8 de diciembre de 1952, es decir que cumplió los 60 años el mismo día y mes de 2012.

Manifestó que realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida desde el 10 de agosto de 1970 hasta el 30 de noviembre de 1994, sumando un total de 1.115 semanas.

Señaló que en noviembre de 1994 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., motivado por la información suministrada por el asesor del Fondo Privado quien aseguraba que el I.S.S. se iba a quebrar y que estando en el fondo privado se podía pensionar por un monto mayor con los mismos aportes que realizaba en el Régimen de Prima Media.

Afirmó que al momento del traslado, el fondo privado no puso a su disposición ningún tipo de información respecto de la proyección pensional, la determinación de las condiciones para el disfrute pensional ni las consecuencias que conllevaría dicha decisión.

Consideró que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el deber de información e ilustración sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado como lo era la pérdida del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual era beneficiario.

Aseveró que PROTECCIÓN S.A. no le entregó el portafolio de servicios ni la proyección de la mesada pensional cuando se efectuó el traslado de régimen pensional.

Expuso que el asesor que efectuó su afiliación al R.A.I.S no contaba con la formación necesaria en seguridad social para asesorarlo correctamente, así

como el ISS hoy COLPENSIONES, tampoco brindó información y/o asesoría respecto del traslado.

Dijo que al momento del traslado ya contaba con las semanas requeridas para optar por su derecho pensional en RPM, pues solo le faltaba la edad.

Informó que en noviembre de 2003 le realizaron una reasesoría pensional, indicándole que le convenía más quedarse en el Fondo Privado.

Expresó que durante toda su vida laboral cotizó más de 1.600 semanas.

Manifestó que mediante comunicación del 6 de octubre de 2006, PROTECCIÓN S.A. le informó que le reconocerían una pensión anticipada de vejez a partir del 17 de junio de 2005.

Que el 31 de octubre de 2019 elevó derecho de petición a PROTECCIÓN solicitando información y documentos referentes a su trámite de traslado y reconocimiento de pensión de vejez, recibiendo respuesta mediante comunicación con radicado CAS-5181088- 69R5H5, indicándole que no contaban con el soporte de la asesoría brindada al momento de realizar su traslado.

Señaló que el 29 de noviembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, reconocimiento de la pensión de vejez, reliquidación de la mesada pensional y reconocimiento de diferencias pensionales e indexación, recibiendo la negativa de la entidad.

Reiteró que al realizar el traslado de RPM a RAIS, no contó con la información clara, concreta y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen.

Manifestó que el 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años y reunía más de 750 semanas cotizadas.

Que realizó su última cotización en pensiones en abril de 2005.

Afirmó que ha recibido de buena fe las mesadas pensionales canceladas por PROTECCIÓN S.A.

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que el Señor JOSÉ HÉCTOR ARANGO, nació el 8 de diciembre de 1952, razón por la cual a la fecha cuenta con 69 años de edad, es decir, ya cumplió con el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin embargo, este se pensionó a partir del 17 de junio de 2005, de forma anticipada cuando acreditaba 52 años de edad, es decir, 8 años antes de tener la edad necesaria para pensionarse al interior del RPM, permaneciendo como pensionado al interior de la Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., entidad donde actualmente se encuentra, por lo que dicho traslado tiene plena validez conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que al demandante le fue reconocida la pensión anticipada de vejez, con total conocimiento de la información suministrada, previo a la autorización de la emisión y negociación del bono, es decir, que el actor si fue informado y conocía perfectamente lo establecido en el RAIS sobre el tema de la pensión de vejez y se acogió al beneficio de pensionarse anticipadamente, lo que en el régimen de prima media no es posible.

Afirmó que atendió la normatividad legal vigente para la época en que el demandante ejerció de manera libre y voluntaria su derecho de afiliarse a uno u otro régimen pensional existente en Colombia, resaltó que no se exigía legalmente para ninguna administradora de Fondos de Pensiones, el suministrar por escrito ningún tipo de cálculo financiero o proyección actuarial al potencial afiliado, y tampoco se exigía dejar por escrito el soporte de haber recibido la asesoría pensional, pues el proceso de asesoría era básicamente verbal.

Refirió que la entidad brindó asesoría especializada e idónea al demandante por parte del promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el régimen administrado por los Fondos Privados, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas. Así como las características y diferencias propias de cada régimen pensional, con el fin de explicar la conveniencia de permanecer en uno u otro conforme a sus expectativas pensionales.

Finalmente, la integrada en el litisconsorcio necesario **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, señaló que no resultaba legalmente válido que el demandante después de transcurridos más de 16 años del reconocimiento de la pensión de vejez anticipada por parte de PROTECCIÓN, financiada con los recursos de un bono pensional que fue negociado y que por consiguiente se encuentra en firme, y disfrutando de aquella durante el mismo lapso, ahora pretenda desconocer abiertamente su condición de pensionado del RAIS alegando supuestos engaños en el proceso de afiliación al fondo privado, mismos que en su concepto, quedaron saneados desde el momento en que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada y autorizó por escrito a la AFP Protección S.A. para negociar su bono pensional a efectos de completar el capital requerido para el financiamiento de dicha prestación, para obtener un eventual traslado de régimen, más cuando la normatividad actual solo prevé esta posibilidad para aquellas personas que en su condición de afiliados no pensionados, cumplan con los requisitos de ley para solicitar válidamente dicho traslado.

Afirmó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, profirió la sentencia SL373-2021 con radicación No. 84475, en la cual negó la nulidad de la afiliación de un pensionado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO QUINCE DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, absolviendo a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas

las pretensiones contenidas en la demanda, pues encontró demostrado que el accionante se encuentra pensionado por vejez. Declaró que la sentencia *“no es cosa juzgada para demandar en perjuicios si la parte demandante considera que se le han ocasionado por los demandados”*.

Advirtió que se omitió en los hechos de la demanda que el demandante se encontraba pensionado.

Refirió que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en asuntos de similares características al presente en sentencias CSL 31989 de 2008, 1452 de 2019, SL373 de 2021, 3311 de 2021, T 191 de 2020, 3188 de 2021, en esta última la Corte recogió las anteriores líneas, indicando que si bien la Sala ha sostenido por regla general que cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, que no es razonable revertir o retrotraer y en este caso no se puede borrar la calidad de pensionado, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, actos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, intereses de terceros del sistema en su conjunto.

Indicó que acoge la línea pacífica, y en este caso como el demandante ya es pensionado, no resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

Advirtió que no hay cosa juzgada, respecto del resarcimiento de los perjuicios, razón por la que la demandante podría acudir a la justicia ordinaria para solicitar dicha pretensión si considera que se le han ocasionado.

Afirmó que si bien algunos pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, se han apartado del precedente de la Corte Suprema de Justicia, esas decisiones aún no se encuentran en firme, por encontrarse surtiendo el recurso extraordinario de casación.

Reiteró que no se solicitaron perjuicios en la demanda, sin que se expresaran los perjuicios en forma concreta, razón por la que tal aspecto no constituye cosa juzgada.

APELACIONES

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte **DEMANDANTE** la apeló argumentando que durante más de 12 años la tesis jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral fue pacífica respecto de la procedencia de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen de ahorro individual cuando se lograba establecer que el fondo privado no había cumplido con su deber de información en el momento de celebrar el acto jurídico. Indicó que en las múltiples jurisprudencias que existen sobre la materia, jamás se había realizado distinción alguna entre si el acto lo realizó el afiliado o un pensionado, y la consecuencia jurídica de la ineficacia se aplicaba sin perjuicio de la posición jurídica del demandante. Señaló que el desarrollo jurisprudencial sostenía que la nulidad o la ineficacia procedía por la falta de información que precedió al acto de traslado y por ninguna circunstancia se puede entender como subsanado por actos posteriores. Indicó que conforme lo destacaba la Corte, el acto primigenio era el que se debía analizar y es el que prima para analizar que el acto jurídico no nació a la vida y por tanto es ineficaz o nulo.

Expuso que si bien hay una posición jurisprudencial disidente, contenida en la sentencia 373 de 2021, lo cierto es que dicho pronunciamiento por si solo no tiene la vocación de establecerse como precedente jurisprudencial o doctrina probable y deberá continuarse aplicando la tesis jurisprudencial de acceder a la ineficacia del acto de afiliación para los pensionados, máxime cuando está en juego un derecho de índole constitucional y con rango de derecho humano. Afirmó que no es admisible que se dé mayor importancia a los intereses comerciales de las demandadas sobre los derechos constitucionales del demandante. Dijo que tampoco resultaba admisible constitucionalmente que se aplique de manera diferenciada la posición jurisprudencial de la ineficacia del traslado entre afiliados y pensionados,

pues dicho actuar supone una vulneración del derecho a la igualdad entre otros.

Señaló que en presente asunto se demostró que Protección S.A. faltó en su deber de información.

Consideró que la sentencia 373 de 2021, vulnera el principio de favorabilidad, *indubio pro operario* y no regresividad en materia de seguridad social, razón por la que solicitó abstenerse de aplicar tal decisión y en su lugar dé mayor ponderación a los principios constitucionales que rigen las actuaciones constitucionales en la materia.

Afirmó que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, se aparta de la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Expresó que el demandante al 1º de abril de 1994 contaba con 42 años y tenía cotizadas más de 1.015 semanas, razón por la que era beneficiario del régimen de transición, por edad y por tiempo de servicios y por lo tanto es sujeto del derecho de trasladarse entre regímenes en cualquier tiempo, posición respaldada por las decisiones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Consideró que el *A quo* pudo declarar que el demandante debía retornar a prima media, no por la declaratoria de la ineficacia sino por la recuperación del régimen de transición

Por su parte la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la sentencia oponiéndose a la manifestación que la decisión no hace tránsito a cosa juzgada, pues es una institución jurídico procesal ante el cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, situaciones que están expresadas en el ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. Indicó que las pretensiones de las que fue absuelta la entidad, versan sobre la ineficacia del traslado y si la parte demandante decide radicar un nuevo proceso solicitando otras pretensiones como se mencionó en las consideraciones,

como los perjuicios, deben éstos pedirse en un nuevo proceso, dentro del cual se le corra traslado a la entidad para dar contestación a la misma, resultando incierto si la parte demandante lo va a petionar, en qué juzgado y en cuál momento. Solicitó que la sentencia surta los efectos de la cosa juzgada, en la medida que el juzgado no accedió a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, la apoderada del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, al sustentar la alzada se opuso a la decisión del *A quo* frente a la no declaratoria de cosa juzgada de la decisión que profirió, pues la sentencia si constituye cosa juzgada, pues es una figura jurídica que permite establecer la seguridad jurídica frente a las relaciones y al ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre el ciudadano administrado y el Estado.

Señaló que dentro del presente asunto no se lograron acreditar los presupuestos que condujesen a concluir que le asistía razón al demandante para acceder a las pretensiones, toda vez que no existe el vicio que se pretendía demostrar. Solicitó se declare que la sentencia si tiene efectos de cosas juzgada, pues el no hacerlo traería inseguridad jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 03 de junio de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la ley 2213 de 2022.

Dentro del término, el apoderado de COLPENSIONES, a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda.

La parte demandante, la demandada PROTECCIÓN S.A. y el integrado en el litisconsorcio necesario MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate y materia de apelación, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen del demandante resulta nulo o ineficaz? Y de resultar afirmativo, si es posible que el actor encontrándose pensionado por PROTECCIÓN S.A., retorne al régimen de prima media con prestación definida, en procura de mejorar el valor de su mesada pensional. Así como se deberá establecer si la decisión hace tránsito a cosa Juzgada respecto de una futura solicitud de indemnización por perjuicios.

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO** nació el 8 de diciembre de 1952 (fl. 17 pdf) estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 10 de agosto de 1970 (fl. 20 pdf), hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, el 1º de diciembre de 1994, tal como consta en la solicitud de vinculación (fl. 23 y 141 pdf) y en la certificación de Asofondos (fl. 142 pdf), entidad que mediante comunicación 2006-11342 del 6 de octubre de 2006, le reconoció pensión de vejez, a partir del octubre de 2006 en cuantía inicial de \$1'255.356, bajo la modalidad de retiro programado (fl. 26 pdf).

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide el demandante se declare nula, al considerar que PROTECCIÓN S.A., al momento del traslado, el fondo privado no puso a su disposición ningún tipo de información respecto de la

proyección pensional, la determinación de las condiciones para el disfrute pensional ni las consecuencias que conllevaría dicha decisión.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado,** quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”. Y el artículo 114 ibídem expresa: *“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (...)”*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: *“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...)”*.

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, **“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”** Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de

Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”**.

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989**, **4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017

¹ “En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar 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”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.

(M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortíz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificadorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en sentencia STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 rescataron la importancia de tales precedentes.

No obstante lo anterior, la Sala no pudo pasar por alto que **JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO, tiene la calidad de pensionado** de PROTECCIÓN S.A., quien mediante comunicación 2006-11342 del 6 de octubre de 2006, le reconoció pensión de vejez, a partir de octubre de 2016, en cuantía de \$1'255.356, bajo la modalidad de retiro programado (fl. 26 pdf)

En un asunto de similares características fácticas, tratándose de la pretensión de un pensionado, de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL373 del 10 de febrero de 2021** señaló:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relieves algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

² SL1688-2019, SL3464-2019
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.”

...

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

Ahora bien, respecto de las acciones con que contarían los pensionados que se encontraran en las circunstancias fácticas referidas en la decisión antes mencionada (SL373 del 10 de febrero de 2021), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio

conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

No obstante, en el presente asunto el demandante sólo pidió la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como tener como única afiliación válida del demandante al sistema pensional, la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Así mismo se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, valor del bono pensional a la fecha de su emisión con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración y mesadas pensionales ya canceladas, ni las mermas sufridas por el capital. Pidió que se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo aplicable las normas consagradas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año para el reconocimiento de la pensión de vejez y en consecuencia se condene a COLPENSIONES a liquidar y pagar la pensión de vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el I.B.L. más favorable establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Subsidiariamente solicitó el pago total de la mesada pensional del actor desde el 8 de diciembre de 2012, se condene a las demandadas a pagarle el retroactivo por las diferencias pensionales que se presenten entre la mesada reconocida y pagada por PROTECCIÓN S.A. y la que deba reconocer COLPENSIONES con sus debidos ajustes desde el 8 de

diciembre de 2012 y hasta el momento de la inclusión en nómina de pensionados, así como la indexación de las condenas. Sin que se debatiera dentro del presente asunto si le asistía derecho a una eventual reparación de perjuicios.

reemplazo del 30% sobre el I.B.L. más favorable establecido en el art. 41 de la ley 100 de 1993.

NOVENA: En subsidio del pago total de la mesada pensional del actor desde el 8 de diciembre de 2012, se condene a las demandadas a pagar a **JOSE HECTOR ARANGO TRUJILLO** el retroactivo por las diferencias pensionales que se presenten entre la mesada reconocida y pagada por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** y la que deba reconocer la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con sus debidos ajustes desde el 8 de diciembre de 2012 y hasta el momento de la inclusión en nómina de pensionados.

Ante lo manifestado encuentra la Sala oportuno referirse a las apelaciones realizadas por las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y la integrada en el litisconsorcio necesario MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, respecto del efecto de cosa juzgada que tiene la decisión apelada, pues el A quo declaró que *“LA PRESENTE SENTENCIA NO ES COSA JUZGADA PARA DEMANDAR EN PERJUICIOS SI LA PARTE DEMANDANTE CONSIDERA QUE SE LE HAN OCASIONADO POR LOS DEMANDADOS”*

Pues bien, establece el artículo 303 del C.G.P que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”*

Por su parte, plantea el artículo 304 C.G.P. que *“No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias: 1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria. 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley. 3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento”.*

Sobre el fenómeno de la cosa juzgada en los procesos laborales ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente: “La cosa juzgada es ‘una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas’. Uno de los efectos más importantes de esta institución es la prohibición para los funcionarios judiciales, las partes y la comunidad en general, de iniciar nuevamente un litigio ya resuelto. En esa medida, se configura la cosa juzgada cuando una nueva solicitud judicial contenga identidad de objeto, causa y partes respecto de una acción anterior. Al analizar estos tres ítems esta Corte indicó que existe: **Identidad de objeto** cuando la demanda versa sobre la misma pretensión material que hizo tránsito a cosa juzgada. Es decir, cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado en relación con una o varias cosas o relaciones jurídicas. **Identidad de la causa petendi** cuando la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada tienen los mismos fundamentos como sustento. En este punto se aclara que cuando una demanda presenta hechos nuevos sobre los cuales no hubo debate, sólo se permite el análisis de éstos. En otras palabras, sobre esos hechos nuevos o no debatidos no se predica la identidad de la causa petendi. **Identidad de partes** cuando al nuevo proceso son llamadas las mismas partes que resultaron involucradas en la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada. En este punto la legislación hace énfasis en que la identidad no es física, sino jurídica”.

A su vez, nuestra Superioridad en sentencia del 25 de abril de 2018 (M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, SL1303-2018, radicación n.º 61377) enseña: “Al efecto, para determinar si existe identidad de objeto, **el juez 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>.”

Del escrito de demanda presentado, no se logra evidenciar que la parte demandante pretendiera el reconocimiento y pago de indemnización total de perjuicios a cargo de las administradoras o la reparación de algún daño que considerara se le causó, tal como lo indica la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, pues si bien solicitó en sus pretensiones *“el retroactivo por las diferencias pensionales que se presenten entre la mesada reconocida y pagada por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la que deba reconocer la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con sus debidos ajustes desde el 8 de diciembre de 2012 y hasta el momento de la inclusión en nómina de pensionado”* ello no se petición por concepto de indemnización o resarcimiento de perjuicios, aspecto que no fue considerado por el *A quo*, ni discutido dentro del proceso, sin que las demandadas en sus contestaciones se pronunciaran puntualmente al respecto, pues como ya se dijo, no fue solicitado en los términos indicados.

Para la Sala, es posible que el demandante JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO, inicie una nueva actuación procesal con el fin de reclamar indemnización total de perjuicios o el resarcimiento de los daños que considera sufrió con su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pues no existe pronunciamiento por parte del operador judicial al respecto, tal como lo señaló el *A quo* en la parte resolutive de la sentencia apelada, pues resulta claro que tal declaratoria de *“QUE LA PRESENTE SENTENCIA NO ES COSA JUZGADA”*, solo recae sobre la pretensión de indemnización total de perjuicios y no así sobre las pretensiones discutidas en el presente asunto.

Se concluye entonces, que los requisitos establecidos para que se configure la cosa juzgada no están dados a cabalidad sobre una futura reclamación del demandante por la indemnización de perjuicios, en la forma analizada en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

En tal virtud, aclarado lo anterior y atendiendo que el señor JOSÉ HÉCTOR ARANGO TRUJILLO desde el 1º de octubre de 2006, tiene estatus de pensionado por vejez de PROTECCIÓN S.A., acoge la Sala el precedente vertical referenciado, pues comparte las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la pluricitada sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, motivo por el que la Sala no atiende los planteamientos expuestos por la apoderada del demandante al sustentar la alzada, correspondiendo la confirmación de la sentencia apelada.

Ahora bien, en sus consideraciones el *A quo* y la apoderada de la parte demandante, argumentaron que varios despachos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, se estaban apartando del criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, al respecto conviene precisar que el precedente judicial de alguna manera vinculante, es el que procede de la misma Sala y el vertical de la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia. Con todo, en la medida en que por mandato constitucional el juez está sometido sólo al imperio de la ley, la jurisprudencia cumple un papel auxiliar, por lo cual tanto el precedente vertical como el horizontal de la misma Sala, puede ser desatendido cuando medien razones suficientes que hagan plausible un cambio de criterio. Bajo la consideración anterior, las decisiones de diferentes Salas no constituyen precedentes obligatorios entre sí, toda vez que estando dentro del mismo nivel jerárquico no resulta admisible establecer algún grado de superioridad de una decisión respecto de otra.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia **APELADA**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, toda vez que las apelaciones resultaron infructuosas.

TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

CUARTO: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

22

Firmado Por:
Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **cb055b19fa07e29ab60ea32f831d715086d077082fa46601772cf22d835185da**

Documento generado en 30/09/2022 05:19:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>