

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA PONENTE: MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO**

**SANTIAGO DE CALI, DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE DOS MIL  
VEINTIUNO (2021).**

**RADICADO: 76001310501720180035601.  
DEMANDANTE: ISABEL CRISTINA LÓPEZ LÓPEZ.  
DEMANDADAS: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.**

Conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala de Descongestión de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO, quien la preside, EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES y CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA, se reunió con el **OBJETO** de resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- en contra de la sentencia que profirió el 20 de marzo de 2019, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo que no fue objeto de la alzada. Previa deliberación, los Magistrados acordaron la siguiente

**SENTENCIA No. 223.**

**1) ANTECEDENTES.**

**a) PRETENSIONES.**

Reclama la demandante que se declare la "*nulidad*" del traslado que hizo del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., concretamente a COLFONDOS S.A., para que se tenga como que nunca abandonó el primero y en consecuencia, se declare que no ha perdido el beneficio del régimen de transición y por ello se le debe reliquidar la pensión que le fue reconocida por COLPENSIONES, junto con los intereses moratorios a los que haya lugar o la indexación de las sumas a cancelar.

## **b) HECHOS.**

Como fundamentos fácticos relevantes de su demanda afirmó que nació el 6 de septiembre de 1952; que se afilió al I.S.S. desde el 10 de julio de 1972 y cotizó 679 semanas al 31 de diciembre de 1994; que el 26 de noviembre de 1996 decidió trasladarse al R.A.I.S. a COLFONDOS S.A.; que para conseguir su afiliación, le aseguraron que I.S.S. iba a "*quebrar*" y que le reconocería una mesada "*reducida*"; que no le suministró una debida asesoría, no le indicó cuales eran las desventajas de su decisión; que el 26 de julio de 2001, solicitó al Fondo que proyectara su pensión de vejez, a lo que le respondió que cuando cumpliera 57 años de edad, su mesada sería de \$4'370.721, mientras que en el R.P.M.P.D. sería de \$8'682.149, razón por la cual decidió regresar a dicho régimen; que el I.S.S. le reconoció la pensión de vejez desde el 6 de septiembre de 2007, conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 1290 semanas cotizadas, un I.B.L. de \$8'775.009, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 59.88%; que por no estar de acuerdo con el monto reconocido, presentó los recursos de ley, pero todos fueron resueltos negativamente; que un promovió proceso ordinario laboral y de la seguridad social con el fin de obtener la reliquidación de su prestación aplicando lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, para que se le aplicara una tasa de retorno del 90%; que el conocimiento del trámite correspondió al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali; que la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa ciudad, ordenó "*un pequeño reajuste*" pero no accedió a su reclamo porque en razón a su traslado y por no tener 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, concluyó que no podía recuperar el beneficio de la transición; que esta demanda contiene un hecho nuevo, como lo es que no recibió una adecuada asesoría por parte de PORVENIR S.A. y es en razón a ello que se debe declarar la ineficacia de su afiliación; que el 20 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES que declarara la nulidad de su traslado al R.A.I.S., que le reconociera la pensión desde el 6 de septiembre de 2007 y reajustara su mesada pensional, pero la entidad no accedió a ello.

### **c) RESPUESTAS DE LAS DEMANDADAS.**

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- presentó oposición a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de: "*Cosa Juzgada*"; "*Inexistencia de la obligación*"; "*Cobro de lo no debido*"; "*Buena fe de la entidad demandada*"; "*Prescripción*"; "*Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad*" y la "*Innominada o genérica*".

COLFONDOS S.A. FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS formuló las excepciones de: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*"; "*No existe prueba de causal de nulidad alguna*"; "*Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*"; "*Buena fe*"; "*Compensación y pago*"; "*Innominada o genérica*" y "*Ausencia de vicios en el consentimiento*"; "*Nadie puede ir en contra de sus propios actos*".

### **2) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juez de primera instancia en sentencia del 20 de marzo de 2019, tuvo por probada parcialmente la excepción de prescripción; probada la de Inexistencia de Obligación frente a la solicitud de intereses moratorios, no probadas las demás que fueron propuestas por COLPENSIONES y todas las que presentó COLFONDOS S.A.; declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a dicha sociedad y condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, por ser beneficiaria del régimen de transición, conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049, aprobado por el Decreto 758 de 1990, desde el 6 de septiembre de 2007 en cuantía inicial de \$7'930.356, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, con 13 mesadas anuales; calculó el retroactivo causado desde el 27 de octubre de 2014 y ordenó que se pagara debidamente indexado.

### **3) APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la impugnó afirmando que la demandante perdió el beneficio de la transición, porque se trasladó al R.A.I.S. y no cumple con el requisito de haber cotizado 15 años o más de servicios cotizados.

#### **4) CONSULTA.**

En virtud a que la decisión de primer grado fue desfavorable a COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 69 del C.P.L. y de la S.S., se conocerá el proceso en el grado jurisdiccional de consulta respecto de aquellos aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada. Por lo tanto, la Sala se ocupará de estudiar si la demandante conserva el beneficio de la transición.

#### **5) SEGUNDA INSTANCIA.**

Mediante auto del 20 de abril de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, igualmente, se dispuso el envío de este asunto a este Despacho de Descongestión, el cual fue creado por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021.

Por auto del 18 de junio de 2021, se avocó el conocimiento del proceso y se clausuró la etapa de alegatos.

#### **6) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Dentro del término de traslado, los voceros judiciales de la parte demandante y de COLFONDOS S.A. hicieron uso de la facultad de alegar.

#### **7) CONSIDERACIONES.**

##### **a) PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Conforme a los antecedentes ya planteados, se observa que en este asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos: i). ¿Se reúnen los requisitos para declarar probada la excepción de cosa juzgada? ii) ¿Es nula o ineficaz la afiliación de la demandante al R.A.I.S. y por ende, se debe declarar la ineficacia de ese acto para así entender que nunca abandonó el R.P.M.P.D. administrado hoy por COLPENSIONES? iii). ¿La accionante es beneficiaria del régimen de transición?

Así las cosas, se procede a resolver de la siguiente manera.

## **b) DE LA COSA JUZGADA.**

Para resolver este problema jurídico se debe partir señalando que los siguientes hechos están por fuera de discusión porque cuentan con respaldo probatorio en el plenario: i). Que mediante resolución No. 21480 del 29 de octubre de 2008, el I.S.S. reconoció a la accionante la pensión de vejez, por cumplir los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1997, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 (fls.3-4); ii). Que promovió un proceso ordinario laboral en contra del I.S.S. con el fin de que se reliquidara la prestación que le fue concedida, el cual se identificó con el radicado único nacional 2009-128; iii). que mediante sentencia del 30 de mayo de 2011, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali concluyó que no conservó el beneficio de la transición por no contar con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, requisito que debe cumplir por haberse trasladado de Régimen Pensional, por lo que al examinar su pretensión reliquidatoria, determinó que la misma debía resolverse conforme la norma bajo la cual se le había otorgado el derecho (fls.13-24); que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia del 22 de agosto del 2011, modificó la sentencia de primera instancia únicamente en lo que respecta a los valores a pagar por la entidad de seguridad social demandada (fls.25-35).

Pues bien, el artículo 303 del C.G. del P., disposición aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S., consagra la figura jurídica de la Cosa Juzgada, así:

*"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada **siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.** (...)"*

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 10760 de 2017, adoctrino:

*"(...) **tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la***

***certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables, y por tanto los litigios no pueden reabrirse, pues de ser así se lesionaría gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho.***

*En efecto, el poder de vinculación de las decisiones judiciales tiene un efecto preclusivo, es decir que **sobre lo resuelto no puede retornarse, y ello solo puede predicarse cuando está acreditado que los hechos son esencialmente idénticos, al igual que las pretensiones y las personas que intervinieron***" (Se destaca por la Sala).

Por su parte, la doctrina ha estudiado dicha figura y ha concluido que puede entenderse como la conjugación de tres identidades a saber:

- i. Identidad de personas o partes en contienda
- ii. Identidad del objeto o derecho pretendido
- iii. Identidad de causa o hecho jurídico o material que sirve de fundamento para reclamar el derecho.

En el *sub examine*, tras comparar los procesos ordinarios laborales que se han tramitado, se concluye que no se encuentran reunidas las identidades antes descritas, ya que a pesar que en ambos, la parte activa se compuso por Isabel Cristina López López, hoy la parte pasiva además de la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la compone COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ello, en virtud a que una de las premisas fácticas es que el traslado que realizó a dicho Fondo de Pensiones, debe ser declarado ineficaz porque no recibió una adecuada asesoría cuando se afilió al mismo.

Así pues, refulge con total claridad que no hay identidad de sujetos, hechos ni pretensiones, pues aunque es verdad que se pretende nuevamente la reliquidación de la mesada pensional que le concedió el I.S.S. hoy COLPENSIONES, en esta ocasión lo hace reclamando que previamente se declare la ineficacia del negocio jurídico que suscribió con COLFONDOS S.A. y que es precisamente la razón que le impide que su derecho se reconozca teniendo en cuenta una disposición diferente a la Ley 100 de 1993, toda vez que perdió el beneficio consagrado en el artículo 36 de esa normatividad, esto es, el de la transición pensional, que a todas luces le es más favorable, pues permite que se le aplique una tasa de reemplazo superior al 59.88% que le otorgó el I.S.S.

En ese camino se concluye que fue acertada la decisión del Juez Unipersonal al declarar no probada dicha excepción.

### **c) LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL R.A.I.S.**

En torno a este aspecto cabe recordar que de forma reiterada y pacífica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que el acto jurídico a través del cual el afiliado se trasladó del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. sin haber sido debidamente asesorado, carece de efectos, o en otras palabras, es ineficaz. Ello por cuanto desde su creación, los Fondos de Pensiones tenían la obligación de suministrar la información completa, veraz y suficiente acerca de las características de ambos regímenes, así como de las ventajas y desventajas que le podría ocasionar el traslado, pues solo de esa manera el(a) afiliado(a) podía tomar una decisión libre, voluntaria y consciente.

Al respecto, en la Sentencia CSJ SL1688-2019 el Juez Límite de la Jurisdicción Ordinaria Laboral explicó que aunque la comentada obligación se ha intensificado a través del tiempo, en lo que denominó como etapas, siempre ha existido, pues se ha pasado *"de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría"*; obligación que se entiende como *"un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna"*.

Así pues, en vista que la señora Isabel Cristina López afirmó desde su demanda que COLFONDOS S.A. no cumplió con ese deber, al Fondo le correspondía demostrar lo contrario, pues así lo tiene dicho el Juez Límite de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por ejemplo en la Sentencia CSJ SL1452-2019, en la que indicó:

*"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez."*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo” (Se destaca por la Sala).*

En el *sub-lite*, ninguna prueba se arrimó con el fin de acreditar que la demandante recibió la debida asesoría ni que se cumplieron con los requisitos que se exigían para la época -1997-, que no son otros que el literal **b)** del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el numeral **1)** del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, más conocido como “*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*”. Cabe resaltar que el hecho de que se haya suscrito el formulario de afiliación o que en el mismo o en documento aparte se manifestase que la decisión de afiliarse al R.A.I.S. es libre y voluntaria, no es prueba de que se hubiere entregado la asesoría requerida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte de Justicia tiene adoctrinado que “**el simple consentimiento vertido en el formulario no genera la eficacia del traslado a menos que el mismo sea informado**” (CSJ 4373-2020 y CSJ SL1688-2019).

En virtud a la ausencia de prueba de que se hubiese suministrado la debida información a la accionante, fue acertada la decisión de primera instancia al declarar que su afiliación no es válida, por lo cual, no nació a la vida jurídica y en ese sentido es ineficaz. La consecuencia lógica, es que todo regrese al estado anterior, por lo que se ha acudido a lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia CSJ Sentencia SL3464-2019, en la que expresó:

*"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 SL1688-2019 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, **la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus 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 SC3201-2018).*

*Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 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 la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no 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 si no 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 con ineficacia ex tunc (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 estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha 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" (Negrilla la Sala).*

En consideración a ello, ningún reparo le merece a la Corporación la decisión del Juez Unipersonal de declarar la ineficacia de la afiliación que efectuó la accionante a COLFONDOS S.A. atendiendo a que por los efectos de esta figura jurídica, el negocio jurídico a través del cual se trasladó al R.A.I.S. nunca existió, la demandante conserva el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hecho que no se encuentra en discusión porque así quedó

asentado en la decisión que se adoptó en el proceso ordinario laboral que anteriormente adelantó.

En ese sentido, se le debe reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta que la tasa de reemplazo a la que tiene derecho es la consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Tampoco existen reparos en torno a que se de por probada parcialmente la excepción de prescripción, toda vez que tal y como lo asentó el Juez Unipersonal, la demandante reclamó la reliquidación pensional el 27 de octubre de 2017, por lo que las diferencias a las que tiene derecho se le deben pagar desde el 27 de octubre de 2014.

Se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a que del retroactivo que le adeuda a la actora, descuenta los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, los cuales deberán ser girados a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada, ya que dicho descuento opera por ministerio de la Ley y adicionalmente, porque así lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, como en la Sentencia SL3024-2020.

Se advierte que no se adentrará la Corporación a examinar la procedencia o no de los intereses moratorios, ya que aunque no se desconoce que recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su criterio y asentó que dicha condena es factible ante el pago deficitario de las mesadas, como sucede en este asunto, en virtud a que se está conociendo de la decisión en el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la demandada, ordenar el pago de este emolumento agravaría más su situación, de donde se sigue que se confirmará la decisión de que COLPENSIONES pague debidamente indexado el dinero que adeuda a la señora López López.

**d) COSTAS.**

Conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 365 del C.G. del P., al cual se acude en virtud a la integración normativa autorizada por el artículo 145 del C. de P.L. y de la S.S., se condena en costas a COLPENSIONES las cuales serán a favor de la demandante, por habersele resuelto negativamente su recurso de alzada.

**8) DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DESCONGESTIÓN 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,

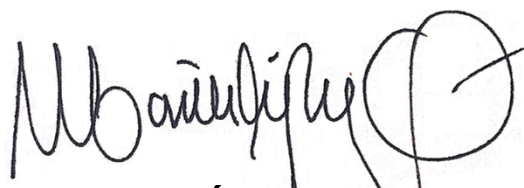
**FALLA**

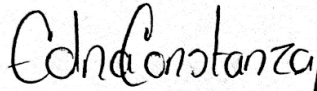
**PRIMERO: ADICIONA** la sentencia proferida el 20 de marzo de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social que promovió **ISABEL CRISTINA LÓPEZ LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en el sentido que se autoriza a COLPENSIONES a que del retroactivo que adeuda a la accionante, descuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, dinero que deberá consignar a la E.P.S. a la que ella se encuentre afiliada.

**SEGUNDO: CONFIRMA** la decisión en lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 smlmv.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO**  
**Magistrada Ponente**



**EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

**Magistrada**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

**Magistrado**

**Salvo Voto Parcial**

La presente providencia debe ser notificada por edicto, con sujeción a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL2550-2021.