



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-013-2014-00548-01
Demandante: Gloria Inés Jiménez Gutiérrez
Demandado: AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS – Reliquidación pensión de vejez

Medellín, abril veinticinco (25) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Gloria Inés Jiménez Gutiérrez contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-013-2014-00548-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez promovió demanda ordinaria laboral contra Colpensiones E.I.C.E. y la AFP Protección S.A., pretendiendo se declare que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual es inválido, por inducción a error, y que continúa siendo beneficiaria del régimen de transición. Consecuentemente, pretende se condene a Colpensiones E.I.C.E. al pago de la pensión de vejez, en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990, esto es, con una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL más favorable; y se condene a la AFP Protección S.A. al pago de \$167.000 diarios, desde el 29 de julio de 2012, y hasta la fecha en que se haga efectivo el reconocimiento de la prestación pensional, por concepto de indemnización de perjuicios.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez contaba con más de 35 años de edad para el 01 de abril de 1994, que arribó a los 55 años de edad el 29 de julio de 2012, supera las 1.439 semanas de cotización, y fue pensionada por vejez, mediante la Resolución 22016 de 2014, con una mesada de \$3.259.582, liquidada con una tasa de reemplazo del 67,59%, acto administrativo en el que se le negó la aplicación del régimen de transición por que se había trasladado al Régimen de Ahorro Individual.

Adicionalmente informó que, en efecto, el 22 de agosto de 1995 se trasladó a la AFP Protección S.A., pero advirtió que el asesor del fondo privado no le informó que con el mismo perdería el derecho al régimen de transición, ni le explicó las diferencias que existían entre ambos regímenes (págs.01-06, doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado legalmente constituido, **COLPENSIONES E.I.C.E.** aceptó que la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez superaba los 35 años de edad para el 01 de abril de 1994, que cumplió los 55 años de edad el 29 de julio de 2012, y fue pensionada por vejez, mediante la Resolución 22016 del 22 de enero 2014; sin embargo, aseveró que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y de contera, no le asiste el derecho a la aplicación del Decreto 758 de 1990, por haberse trasladado válidamente al Régimen de Ahorro Individual.

En oposición a las pretensiones excepcionó de mérito la inexistencia de la obligación por ausencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación (págs.45-51, doc.01, carp.01).

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, asintió que la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez se trasladó a la entidad el 22 de agosto de 1995, retornó al Instituto de Seguros Sociales el 22 de enero de 2004, y cumplió los 55 años de edad el 29 de julio de 2012, y a su vez sostuvo que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de forma libre, espontánea y sin presiones, conforme a la normativa vigente, y con el lleno de los requisitos que se exigían para la época, y en tal medida, el acto jurídico celebrado no adolece de invalidez y/o ineficacia.

De contera, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, y propuso las excepciones de fondo que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y ausencia de prueba efectiva del daño – inexistencia del daño (págs.104-132, doc.01, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 14 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Gloria Inés

Jiménez Gutiérrez al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP Protección S.A.; declaró probada la excepción de pago sobre la pretensión referida al reajuste de la pensión de vejez; absolvió a las entidades demandada de las demás pretensiones incoadas; declaró improbadas las excepciones formuladas; y condenó en costas a la AFP Protección S.A. en favor de la demandante (doc.38, carp.01).

1.4.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión la vocera judicial de Colpensiones E.I.C.E. solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, arguyendo que su representada cumplió a cabalidad con la obligación frente a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional de la demandante, con base en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicándose el Decreto 758 de 1990, esto es, con una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL más favorable (doc.05, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E. en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez nació el 29 de julio de 1957 (pág.25, doc.01, carp.01; pag.15, doc.15, carp.01), se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de julio de 1984 (págs.08-24, 62-73, doc.01, carp.01), se trasladó a la AFP Protección S.A: el 22 de agosto de 1995 (pág.36, 133, doc.01, carp.01), y retornó a Colpensiones E.I.C.E. el 22 de enero de 2004 (págs.134-134, doc.01, carp.01).
- Que la actora fue pensionada por el riesgo de la vejez, mediante la Resolución GNR 22016 del 22 de enero de 2014, con una mesada de \$3.259.582, liquidada bajo los parámetros descritos en la Ley 797 de 2003, sobre 1.439 semanas de cotización, un IBL de \$4.822.581, y una tasa de reemplazo del 67,59% (pág.26-34, 284-290 doc.01, carp.01).
- Que el 07 de abril de 2014 la demandante le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. declarar la invalidez de su afiliación a la AFP Protección S.A., y el reconocimiento del derecho a la aplicación del régimen de transición (pág.07, doc.01, carp.01).
- Que a través de la Resolución SUB 21019 del 28 de marzo de 2017, se dispuso el reajuste de la prestación fijando el monto de la mesada en \$5.189.212, liquidada en aplicación del Decreto 758 de 1990, bajo el amparo del régimen de transición, sobre 1.473 semanas cotizadas, un IBL de \$5.189.212, y una tasa de reemplazo del 90% (págs.151-162, 222-233 doc.01, carp.01).
- Que mediante la Resolución SUB 62145 del 03 de marzo de 2020, se ordenó la inclusión en nómina de la pensión de vejez reconocida en favor de la actora, a partir del 01 de marzo de 2020, por haberse acreditado su retiro al empleo público, con una mesada de \$5.784.999, liquidada en aplicación del Decreto 758 de 1990, bajo el amparo del régimen de transición, sobre 1.482 semanas cotizadas, un IBL de \$6.427.776, y una tasa de reemplazo del 90% (págs.194-201, doc.15, carp.01).

- Que a través de la Resolución SUB 150827 del 14 de julio de 2020, se reajustó el monto de la prestación, estableciendo como mesada pensional a reconocer a partir del 01 de marzo de 2020, la suma de \$6.513.496, liquidada en aplicación del Decreto 758 de 1990, bajo el amparo del régimen de transición, sobre 1.791 semanas cotizadas, un IBL de \$7.237.218, y una tasa de reemplazo del 90% (págs.224-232, doc.15, carp.01).

- Que la actora fue ingresada a nómina en febrero de 2014, y retirada marzo de 2017, sin que durante dicho periodo se hubieren girado recursos, ya que la pensión estaba suspendida; y que la demandante fue reingresada a nómina en marzo de 2020, fecha desde la que se ha venido pagando mensualmente la prestación (doc.16, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por la demandante desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., adolece de ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y en tal sentido, lo procedente será CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la Ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara 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”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: *“El empleador, y en general 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 se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras

pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se tiene por establecido el traslado de régimen pensional de la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez, a través de la AFP Protección S.A., mediante formulario de afiliación suscrito el 22 de agosto de 1995 (pág.36, 133, doc.01, carp.01), con efectividad a partir del 01 de enero de 1996, según se extrae del Certificado SIAFP (págs.134-134, doc.01, carp.01), no obstante, el formulario de afiliación adosado (pág.36, 133, doc.01, carp.01) no da cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, se reliva que el 07 de marzo de 2022, la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez fue declarada presuntamente confesa por no haberse presentado a la audiencia de trámite, pese de haber sido citada para rendir interrogatorio de parte (doc.27, carp.01), sin embargo, para la Sala dicho efecto procedimental resulta insuficiente para tener por acreditado que la AFP Protección S.A. cumplió cabalmente con el deber de información que se le imponía para la fecha en que se produjo el cambio de régimen pensional de la pretensora, puesto que no existe medio de convicción a partir del cual pueda establecerse que la demandante fuere informada claramente sobre las características que diferencian ambos regímenes, ni de una consecuencia tan trascendental como la pérdida del régimen de transición.

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen

pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Protección S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora, siendo lo procedente confirmar en este aspecto la sentencia consultada.

De los efectos de la ineficacia del traslado

Ahora bien, aunque es cierto que la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez retornó al Régimen de Prima Media el 22 de enero de 2004 (pág.134, doc.01, carp.01), esto es, faltándole menos de diez (10) años para acreditar la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, también lo es que su retorno se hizo efectivo dentro del periodo de gracia establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo que le permitió recuperar el régimen de transición, sin necesidad de aportar ningún cálculo de rentabilidad, de conformidad con lo previsto en las Sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, SU-130 de 2013 y SU 856 de 2013, tal y como lo asintió Colpensiones E.I.C.E. en la Resolución SUB 21019 del 28 de marzo de 2017 (págs.151-162, 222-233 doc.01, carp.01).

Consecuentemente, la Sala se colige que, en razón de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de la afiliación de la actora, a la AFP Protección S.A. no le asiste obligación distinta a la de trasladar el saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual, deber que cumplió desde el 20 de mayo de 2004, cuando trasladó a Colpensiones E.I.C.E. la suma de \$38.385.052, correspondiente a los aportes efectuados entre el 22 de agosto de 1995 y el 22 de enero de 2004 (págs.135-138, doc.01, carp.01).

Del reajuste de la pensión de vejez

Adicionalmente, cumple memorar que, aunque la prestación pensional reconocida en favor de la señora Gloria Inés Jiménez Gutiérrez fue inicialmente liquidada bajo los parámetros descritos en la Ley 797 de 2003, y una tasa de reemplazo del 67,59% (Resolución GNR 22016 del 22 de enero de 2014 - pág.26-34, 284-290 doc.01, carp.01), también lo es, que la Colpensiones E.I.C.E. la reajustó, aplicando el Decreto 758 de 1990, bajo el amparo del régimen de transición, con una tasa de reemplazo del 90% (Resolución SUB 21019 del 28 de marzo de 2017- págs.151-162, 222-233 doc.01, carp.01), satisfaciéndose en tal medida lo pretendido en este aspecto por la parte actora, tal y como lo razonó la cognoscente de primer grado al declarar probada la excepción de pago, sin que lo decidido al respecto hubiere sido impugnado.

De la indemnización de perjuicios

Finalmente, se precisa que esta corporación no emitirá pronunciamiento respecto a lo decidido por la *a quo* sobre la pretensión referida a la indemnización de perjuicios a cargo de la AFP Protección S.A., teniendo en cuenta que dicho concepto no fue objeto de alzada, y que la decisión de primera instancia está siendo consultada única y exclusivamente en favor de Colpensiones E.I.C.E.

Corolario de todo lo anterior, la Sala colige que lo procedente es impartir confirmación a la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia por haberse revisado la decisión de primer grado bajo el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:


1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Gloria Inés Jiménez Gutiérrez contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.


2.- Sin costas en esta instancia.


3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO