



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: JAVIER HURTADO BORRAS
DEMANDADO: AFP PROTECCION S.A. – AFP PORVENIR – COLPENSIONES
RADICADO: 050013105 022 2020 00203 01
ACTA N°: 88

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE** y **JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **JAVIER HURTADO BORRAS** para pronunciarse sobre el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.**, y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 88** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se declare la ineficacia de la afiliación que conllevo al traslado a PORVENIR S.A; Que a consecuencia de esto se declare también la ineficacia del traslado a PROTECCION S.A., y como valida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPM. **ii)** Se condene a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes efectuados al RAIS juntos con sus rendimientos y sin descuento alguno. A COLPENSIONES a recibir estos aportes, reactivar la afiliación y cargar en su historia laboral estas cotizaciones al RPM. **iii)** Que se condene a las demandadas al pago de las costas, y todo lo ultra y extra petita que quede demostrado.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El DEMANDANTE nació el 30 de octubre de 1962, cotizó semanas al ISS (hoy COLPENSIONES) desde agosto de 1987 hasta el mayo de 1994. Ha cotizado 1172,14 semanas al 05 de mayo de 2020.

¹ 01PrimeralInstancia / Archivo 003Escrito de demanda / Págs. 1 – 22

ii) Suscribió formulario de afiliación el 13 de abril de 1994 a PORVENIR S.A. Posteriormente suscribió formulario de traslado a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el 06 de diciembre de 1996. Dos años después, el 07 de octubre de 1998, se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. Y Actualmente se encuentra afiliado a PROTECCION S.A., desde el 21 de junio de 2001. iii) Mediante derechos de petición del 04 y 18 de mayo de 2020 solicitó documentación a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. respectivamente, en la que se soporte la información brindada al momento del traslado. A lo que ambas entidades respondieron que al ser la asesoría verbal no cuentan con soportes físicos. iv) Asegura que al momento del traslado ninguna de las AFPS le suministró información adecuada, suficiente, clara comprensible y cierta respecto a las consecuencias legales y económicas de este. v) Solicitó el 24 de junio de 2020 a COLPENSIONES el traslado a dicho régimen, petición que fue denegada por esta entidad por estar a menor de 10 años de pensionarse.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones contenidas en el libelo petitorio, por carecer fundamentación fáctica y legal. Propuso como excepciones las siguientes: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS.

2.2. PORVENIR S.A.³

La entidad se **opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda** que pretenda hacer recaer sobre ella cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica, y solicitó se le absuelva de todas ellas. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

2.3. PROTECCION S.A.⁴

La AFP se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, y especialmente a la que declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante. Propuso como excepciones las que denomino: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: 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, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

² 01PrimerInstancia / Archivo 016Contestacion Colpensiones / Págs. 2 – 19

³ 01PrimerInstancia / Archivo 017Contestacion Porvenir / Págs. 2 – 29

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 015Contestacion Protección / Págs. 2 – 24

DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **21 de JUNIO de 2023** el **JUEZ VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁶: **i) DECLARÓ** la ineficacia del traslado que hizo JAVIER HURTADO BORRAS en abril 13 del año 1994 desde el RSPMPD al RAIS a la AFP PORVENIR y de la continuidad en ese régimen y hasta la actualidad en PROTECCIÓN, luego de traslados entre AFPs en diciembre 6 del año 1996 a la AFP COLPATRIA, en octubre 7 del año 1998 a HORIZONTE y en junio 23 del año 2001 a SANTANDER. Y se DISPONE que la parte actora ha estado vinculada, sin solución de continuidad, en el RSPMPD y se CONDENA a COLPENSIONES como actual administradora de ese régimen a tener a la parte demandante como su afiliado y a consolidar en la historia pensional de la parte demandante todo el tiempo servido o cotizado al SGP sólo en RSPMPD. **ii) CONDENÓ** a PROTECCIÓN a trasladar a la ejecutoria del fallo al RSPMPD todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan además de los aportes concretamente destinados a la CAI, los rendimientos. Y también se CONDENA a PROTECCIÓN (como ella y como SANTANDER) y a PORVENIR (como ella misma y como COLPATRIA y HORIZONTE) a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de sus propios peculios y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibieron de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir y/o a cobrar esos dineros. **iii) DECLARÓ** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las codemandadas. **iv) CONDENÓ** a PROTECCIÓN y a PORVENIR en costas en favor del demandante.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.⁷

Se solicita la revocatoria de la sentencia, planteando básicamente lo siguiente: i) Respecto a la declaratoria de ineficacia, manifiesta que no existen razones fácticas o jurídicas, la demandante tomó una decisión libre, admitió haber suscrito un formulario de traslado, admitió que durante todo este tiempo en virtud de la confianza que tuvo con PORVENIR S.A. decidió permanecer afiliada al RAIS. La motivación que le asiste es de carácter económica, las pretensiones deberían versar en determinar cómo los fondos faltan a su deber en la información y no de pretensiones económicas meramente. Para la época en que se efectuó el traslado no existía una obligación a

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 026ActaAudiencia

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 026ActaAudiencia / Enlace https://etbcsj-my.sharepoint.com/:v/g/personal/j22labmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EX2pLU6J3xBOqUNb1XjwNyIB7r3Ei0-pVPdeh8SHGqarcQ?e=g1xlU6 / Min. 02:08:19 – 02:11:02

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 026ActaAudiencia / Enlace https://etbcsj-my.sharepoint.com/:v/g/personal/j22labmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EX2pLU6J3xBOqUNb1XjwNyIB7r3Ei0-pVPdeh8SHGqarcQ?e=g1xlU6 / Min. 02:11:25 – 02:19:53

cargo de PORVENIR S.A. de guardar un soporte documental de forma estricta motivo por el cual hay muchos deberes que surgen posteriormente y que no tenía obligación alguna de acatar porque eran normas inexistentes. Además, la AFP ha hecho campañas masivas informando de los distintos cambios normativos, siempre se han puesto de presente los distintos canales para que la demandante pueda resolver las dudas relacionadas con su futuro pensional. ii) Sobre las sumas a devolver: a) Deberá ser revocada la condena a trasladar los aportes hallados en la cuenta de ahorro individual, pero si se decide dejar en firme tal declaratoria de ineficacia, debe revocarse la condena a trasladar las sumas descontadas por cuotas de administración, seguros previsionales o aportes realizados en el fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada. Son descuentos que ya no están en el patrimonio de PORVENIR. b) En relación con la indexación de las condenas, ya se ordenó trasladar los rendimientos financieros que se generaron por la administración de PORVENIR S.A., por lo que implica una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES. iii) En cuanto a las costas, PORVENIR S.A. siempre obró de buena fe respecto a la demandante, poniendo de presente la normatividad que existía en esa época y la que estaba vigente, por ende, no procede una condena en este sentido.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, intervinieron oportunamente:

PORVENIR S.A reitera los planteamientos del recurso⁹: i) Sobre la **declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS**: a) La decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues se cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se le entregó la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario (artículo 11 del Decreto 692 de 1994) y contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen pero no lo hizo. b) Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Y si lo anterior no fuera suficiente insiste en que ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos. c) Resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014 (SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019) además se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. d) La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no

⁸ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 06AlegatosPorvenir / Págs. 1 – 7

son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano. **ii) Sobre las sumas a devolver:** a) En el fallo se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, por lo que no es posible se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar. b) Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado. c) Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. d) Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín Radicado 05001310500720150129501). e) Invoca concepto Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita a su turno que en caso de salir la sentencia favorable a los intereses del demandante, solicita se conserve y/o adicione la condena impuesta a las AFP PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN, respecto a entregar a COLPENSIONES el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, en el sentido que dicha devolución debe incluir además de los rendimientos financieros, los bonos pensionales y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima; los aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de FOGAFIN los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del Despacho debidamente indexados¹⁰

¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 08AlegatosColpensiones

Finalmente, el apoderado del DEMANDANTE solicita la confirmación de la sentencia por encontrarla ajustada a lo previsto en nuestro ordenamiento y la jurisprudencia nacional¹¹. Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.***

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

¹¹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 10AlegatosDemandante

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014,** y el **Decreto 2071 de 2015,** lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100,** en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003,** normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015,** pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil,** la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de

haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) JAVIER HURTADO BORRAS** nació el **30 de octubre de 1962**, por lo que en este momento cuenta con **60 años**¹². **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **04 de agosto de 1987**

¹² 01PrimeraInstancia / Archivo 003Escrito de demanda / Pág. 23

entidad en la que cotizó 304,71 semanas hasta abril de 1994¹³. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PORVENIR S.A** el **13 de abril de 1994**, trabajaba para ROTEC LTDA como Gerente general¹⁴. Luego se trasladó a la **AFP COLPATRIA**, hoy **PORVENIR S.A.**, el **06 de diciembre de 1996**¹⁵. Posteriormente suscribió formulario de afiliación a **AFP HORIZONTE**, hoy **PORVENIR S.A.**, el **07 de octubre de 1998**¹⁶. Finalmente, se trasladó a la **AFP SANTANDER**, hoy **PROTECCION S.A.**, el **23 de junio de 2001**¹⁷ donde se encuentra actualmente.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **JAVIER HURTADO BORRAS**, éste tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que, en el régimen de prima media, el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa

¹³ 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 024ExpedienteAdministrativo / Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1979-20210507095521 / Pág. 1

¹⁴ 01PrimeraInstancia / Archivo 003Escrito de demanda / Pág. 37

¹⁵ 01PrimeraInstancia / Archivo 003Escrito de demanda / Pág. 38

¹⁶ 01PrimeraInstancia / Archivo 003Escrito de demanda / Pág. 39

¹⁷ 01PrimeraInstancia / Archivo 015Contestacion Protección / Pág. 37

del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el Régimen de Prima Media (I.S.S.). **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **JAVIER HURTADO BORRAS**, quien a lo largo del proceso ha sido enfático en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado el demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información

en la vinculación inicial al RAIS. La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente (**SL 5686 -2021, SL 1055 -2022**) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información** a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. En la sentencia **CSJ SL 3349 de 2021** expresó:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa *per se* que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo,

por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y 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, según esta disposición, 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. **iii)** 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). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y 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 afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan

de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**, efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ y ADICIONARÁ** la providencia que se revisa.

8. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia**, al no prosperar el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, se encuentran a su cargo. Agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente del año 2023

9. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

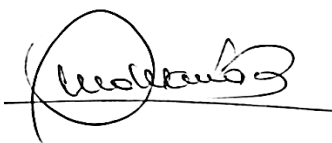
PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Veintidós** Laboral del Circuito de Medellín con las siguientes MODIFICACIONES:

- El numeral **SEGUNDO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **AFP PROTECCION S.A.** debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por el señor **JAVIER HURTADO BORRAS**, junto con los rendimientos financiero a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia**. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.
- Así mismo, se CONDENA a **PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia**. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

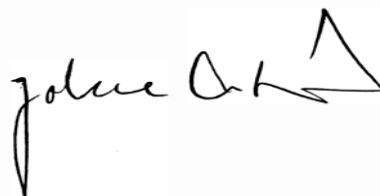
SEGUNDO: En esta instancia se CONDENA en COSTAS a PORVENIR. Agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente del año 2023

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA