

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	JOSÉ ESCOBAR PELÁEZ
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 011 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>011 2018 00428</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 265 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	modifica, adiciona y confirma

Hoy, **primero (1º) de diciembre de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la **AFP Protección S.A. y de Colpensiones**, al igual que **el grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **José Escobar Peláez**, código de radicado único nacional 05001 3105 **011 2018 00428** 01.

**Auto:** de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico se procede a reconocerle personería jurídica a la Doctora Ana María Pineda Jaramillo, para que continúe con la representación de Colpensiones.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado

mediante acta N° **036**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS, administrado por Protección S.A., y como consecuencia, su retorno al RPM administrado por COLPESNIONES, con todas las cotizaciones y sus rendimientos. Pide también el otorgamiento de pensión con fundamento en el RPM, toda vez que al momento de dictarse sentencia habrá cumplido 62 años y supera con creces la densidad de semanas. Reclama condena en costas y el pago indexado de las sumas a su favor.

En sustento de ello afirma que, **nació el 19 de marzo de 1957**, se afilió al sistema de seguridad social el **17/01/1978**, en su momento al ISS hoy Colpensiones, donde permaneció hasta 1997. Con base en la insuficiente e inoportuna información suministrada por un asesor de Protección, *en el sentido que trasladándose a dicho Fondo podría no sólo pensionarse con menos edad sino que, además, el monto de su pensión sería superior a la que recibiría en el RPM* del ISS, donde se encontraba, decidió trasladarse al RAIS, lo que ocurrió en noviembre de 1997, cuando tenía cotizada **779 semanas cotizadas**. En respuesta a derecho de petición, el 12 de abril de 2018, la AFP le proyectó mesada aproximada de \$2.269.142, siendo su ingreso base de cotización, actualizado en los últimos diez años, alrededor de **\$8.988.000**, y la pensión en el RPM no inferior al 70%, por superar 1.800 semanas, sintiéndose engañado, pues se le prometió mejor mesada en el fondo privado. En comunicación del 26 de diciembre de 2017 Colpensiones le manifestó la imposibilidad de retorno al régimen público por encontrarse dentro de la restricción de los 10 años de la edad para pensión. Puntualiza que los promotores o asesores de Protección **al momento del traslado,**

no le suministraron información, *clara, cierta, suficiente, comprensible, adecuada y oportuna sobre la conveniencia o inconveniencia de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, tal como era su deber. Nunca le informaron sobre el monto de capital que debería tener en la cuenta para poder pensionarse con una edad inferior a la mínima legal, tampoco le hicieron un estudio individual de su caso, en donde le mostrarán lo favorable y lo desfavorable de trasladarse o de permanecer en el régimen de prima media,... incumpliendo así su deber de diligencia que le impone la responsabilidad profesional en un asunto de tanta trascendencia personal y familiar, induciéndolo a engaño o error en la decisión de trasladarse de régimen.* En formato de reasesoría diligenciado el 10 de marzo de 2009, 10 días antes del arribo a los 52 años, se marcan las casillas no le conviene quedarse en Protección y aplaza la decisión de trasladarse al ISS.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del **28 de marzo de 2019, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificadas, las entidades convocadas por pasiva, allegaron escritos de contestación, así:

**Colpensiones**, de los hechos acepta como cierta la fecha de nacimiento y edad del demandante, la respuesta negativa frente a la solicitud de retorno al RPM por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión; los demás supuestos no le constan. **Manifestó oposición** a las pretensiones pues el traslado fue válido al tener la capacidad de discernir cual régimen le era más favorable, y en reasesoría, se le informó, con la respectiva proyección pensional, cual le convenía. Insiste en que el tránsito entre regímenes fue voluntario. Formuló las **excepciones** de: improcedencia de declarar ineficaz o nula la afiliación al RAIS a través de Protección S.A., prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, prescripción, e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Protección S.A.**, de los hechos acepta como cierta la fecha de nacimiento del demandante, 19 de marzo de 1957; **no le consta la**

**afiliación al RPM por ser una administradora en la que no tiene ninguna injerencia**, sin embargo, así se evidencia de historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda OBP. Es cierto que el señor José suscribió, de manera libre y voluntaria, formulario de vinculación a Protección S.A. el 30 de octubre de 1997, como traslado de régimen, proveniente del ISS, pero no es cierta la insuficiente e inoportuna información, *pues los asesores de la Administradora... son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido, la promotora **Martha Lucía Osorio**, asesoró al demandante respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que la actora pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no a este régimen, pero no de manera impuesta como maliciosamente lo pretende hacer ver.... sino voluntariamente.* Es cierto que se le ilustró sobre la pensión anticipada, que es una de las ventajas del RAIS, estipulada en la ley, que no constituye engaño, y se le puso de presente que para ello su cuenta de ahorro individual debía contar con el capital para financiar una mesada equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. No es cierto que se le haya prometido pensión superior en el RAIS. Es cierto el derecho de petición radicado el 13 de marzo de 2018 y la respuesta emitida el 12 de abril. No le constan los cálculos en el RPM, también es cierta la reasesoría el 10 de marzo de 2009. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. Insiste en la debida información al momento de la movilidad entre regímenes, ilustrándosele aspectos diferenciales como cuenta de ahorro individual vs. Fondo común; capital acumulado vs. Requisitos de edad y semanas de cotización; garantía de pensión mínima en el RAIS, devolución de saldos vs. Indemnización sustitutiva; **resistió** las pretensiones, expuso los fundamentos de derecho y razones de defensa y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y la innominada o genérica.

La primera instancia culminó con **sentencia** proferida por el Juzgado **Once Laboral del Circuito, el 21 de octubre del año en curso**, declarando la ineficacia de la vinculación al RAIS efectuada por **José Escobar Peláez**, a través de la **AFP Protección S.A.**, ordenó a esta sociedad, trasladar al RPMDPD administrado por Colpensiones, los aportes del demandante como *son cotizaciones, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, también deberá trasladar la prima de reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en el que el actor estuvo afiliado a dicha administradora* le ordenó a Protección *indexar los dineros a devolver por gastos de administración, consistentes en (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima), ... los valores cancelados por concepto de prima de reaseguro de FOGARIN y los aportes a fondo de solidaridad pensional... sin equivalencia.... y que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados,* todos estos valores deben ser consignados por Protección a Colpensiones EICE, quien deberá recibirlos y reactivar la vinculación del actor al RPM sin solución de continuidad.

**Condenó a Colpensiones, a reconocer** la prestación económica pensión de vejez al demandante, **a partir del 01 de junio de 2019**, 13 mesadas anuales, con la indexación de cada una desde su causación hasta su pago. Impuso condena en costas a las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho a cargo de cada una. Declaró impróspera la excepción de prescripción y absolvió de las demás súplicas.

Luego del análisis de las pruebas y de la situación particular del demandante, concluyó el fallador que con fundamento en las premisas fácticas, normativas y precedente de la jurisprudencia especializada, de la que cita varias radicaciones, era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPMPD al RAIS, AFP protección S.A., en tanto, no tuvo una afiliación bajo parámetros de una libertad informada, completa y suficiente, al no haberse allegado medios de convicción que permitieran establecer que efectivamente se cumplió con tal deber, sin que la suscripción del formulario signifique que la persona conociera a cabalidad las condiciones que ese traslado implicaría para sus futuras prestaciones, y tampoco se saneó tal omisión con la reasesoría del año 2009, ordenando las restituciones ya indicadas y concediendo **pensión de vejez al demandante**, al aplicar la tesis de **retiro tácito**, de acuerdo a la historia laboral allegada al plenario.

Mediante **recurso de apelación**, los apoderados de las demandadas manifestaron desacuerdo con lo decidido, así:

**AF Protección S.A.**, en lo concerniente al ordinal 3º, que ordena indexar los valores correspondientes a todo lo que debe devolver a Colpensiones, pues esto acarrea una doble sanción a la AFP porque durante estos 25 años se generaron gastos y demás y si bien se ordenó su restitución, a actualizarlos sería una doble sanción o condena, por lo que ruega revocar este punto.

**Colpensiones.** Pide se modifique la sentencia y tal como lo indicó en alegaciones finales, se endilgue el reconocimiento pensional al fondo privado. Explica que en el evento de considerarse que las pretensiones del demandante salen avante, se tenga en cuenta que las normas fundantes del actuar de los fondos privados, Decretos 692, 694 y 720 de 1994 otorgaron responsabilidades exclusivas a estos fondos y no a Colpensiones, y por esto es necesario cambiar el esquema de responsabilidad que endilga

la carga económica en un 100% a Colpensiones, porque esta directriz transgrede el Acto Legislativo 01 de 2005 en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera, además de la confianza legítima en el sistema, ello porque Colpensiones no tiene la obligación de soportar las cargas creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado, por lo que ante un eventual pago de una prestación económica, debería estar en un 100% a cargo del fondo privado, pero bajo los parámetros del RPM, si queda demostrado que se faltó al deber de información y al buen consejo; o en su lugar, se deben recalcular los valores a transferir, de tal forma que se cubra en su totalidad el eventual monto que se le tenga que reconocer al demandante en el RPMPD, ya que no resulta razonable que los fondos privados se enriquezcan con base en su falta de responsabilidad y se descapitalice el fondo público, pues no es un secreto que los fondos privados son una de las empresas más rentables de Colombia, invierten el dinero de las cotizaciones de los afiliados durante casi toda la vida laboral, porque no pueden disponer de los mismos, y al final ofrecen una exigua prestación de vejez, definiéndose mediante sentencia judicial que impone la carga económica que les corresponde a Colpensiones y el fondo es absuelto, toda vez que traslada el dinero que cotizó el demandante, sin importar que no sea el suficiente para soportar la carga económica para financiar la pensión de vejez, debiendo la segunda instancia cambiar la postura general en el tema, a fin de crear reglas proporcionales y congruentes frente a estos asuntos, dejando claro que no se debe perjudicar al afiliado negando un derecho, sino responsabilizando al verdadero causante del daño.

**Respecto a las costas procesales,** pide no aplicar objetivamente el artículo 365 del CGP, al ser la entidad sujeto exógeno al presente litigio, y no haber incumplido sus obligaciones, facultando el numeral 8º la exoneración de estas, pues imponerlas también el principio de sostenibilidad financiera.

En favor de Colpensiones, también se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar alegaciones antes esta instancia hizo uso **el apoderado judicial del demandante**, quien luego de referir las manifestaciones de este en cuanto a la falta al deber de información por parte de la AFP al momento del traslado de régimen, y citar apartes de sentencia de la Sala de Casación laboral y de la Corte Constitucional que estima ilustrativos, concluye que:

*De la actividad probatoria desplegada por las partes en la presente litis, se desprende con toda claridad que la demandada no suministró al demandante, en el momento del traslado, como era su deber, la información clara, cierta, adecuada, comprensible y oportuna sobre los riesgos, ventajas y desventajas de permanecer en el RPM o en el RAIS, por lo que deviene incontrovertible que la decisión del demandante de escoger el régimen que más le convenía no fue "libre y voluntaria" como lo exige el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, cuya consecuencia es que dicho traslado deviene INEFICAZ conforme lo estatuye el artículo 271 de la normativa citada. Y al ser un acto INEXISTENTE AB INITIO, no es susceptible de convalidarse por conductas posteriores, ya provengan de la administradora del sistema de pensiones o del afiliado.*

Solicitando la confirmación de la decisión revisada.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita modificar la condena al reconocimiento de pensión de vejez, pues la misma debe otorgarse por el fondo privado, reiterando que de acuerdo con los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, las responsabilidades en estos casos está a cargo de las AFP y no de Colpensiones, por lo que es necesario cambiar tal esquema. En lo relacionado con la incidencia del principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, los recursos de la cuenta de ahorro individual resultan insuficientes para el otorgamiento de las prestaciones en el RPM, cita apartes de jurisprudencia especializada sobre el tema, y agrega que Colpensiones,



*... no tiene la obligación de soportar las cargas que fueron creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado; es por esto, que ante un eventual pago de una prestación económica, esta debería estar a cargo en un 100% por el fondo privado, pero bajo los parámetros que caracterizan al RPM, en caso tal de que se considere que quedó demostrado que se faltó al deber de información y de buen consejo, o en su lugar, solicito Honorables Magistrados, se recalculen los valores a transferir a Colpensiones, de tal forma que se cubra en su totalidad el eventual monto que se le tenga que reconocer al demandante en el RPMD por la prestación económica de vejez. No resulta razonable que los fondos privados se enriquezcan con base a su falta de responsabilidad y se descapitalicen los recursos comunes y públicos en sentido parafiscal de los afiliados al RPMD, y posteriormente, toda la responsabilidad económica recaiga sobre Colpensiones reconociendo una pensión de vejez, sin importar que el dinero que transfiere el fondo privado no es el suficiente para soportar la carga económica que le pertenece al afiliado por concepto de pensión de vejez. Ahora bien, respecto a la condena en costas procesales, solicito se revoque dicha imposición, toda vez que no debe darse aplicación objetiva del artículo 365 del Código General del Proceso, por tanto, Colpensiones es un sujeto ajeno al presente litigio, pues no incurrió en la desatención de sus obligaciones para generarlo. Además, el numeral octavo del artículo 365, faculta al operador jurídico para decidir en todos los casos si es o no procedente la condena en costas, y de ser procedente se estaría transgrediendo lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera, el cual ha sido el fundamento principal de este recurso. En este sentido dejo plasmados mis alegatos de conclusión y solicito a los Honorables Magistrados se modifique y revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, absolviendo a Colpensiones del pago de la pensión de vejez y de las costas procesales*

En orden a decidir, basten las siguientes,

## **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados y no discutidos en esta instancia se tienen: la fecha de nacimiento del demandante, **16 de marzo de 1957**; la vinculación al RPMPD donde cotizó un total de **779,14 semanas, que Protección S.A. computa como válidas para bono pensional**; el traslado al RAIS AFP Protección S.A., con formulario suscrito el **30 de octubre de 1997**; el diligenciamiento de formato de reasesoría pensional el **10 de marzo de 2009**, en el que se marca que después de realizarse el cálculo económico **no le conviene quedarse en Protección. Aplaza decisión**. Fecha límite para retorno al régimen público **09-3-18**. La radicación de formulario de afiliación a Colpensiones el 26 de diciembre

de 2017 y la respuesta negativa emitida por la entidad en la misma fecha, por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión. **A esta instancia**, en respuesta a prueba de oficio, **Protección S.A.**, el 28 de octubre del año en curso, allegó vía correo electrónico, **historia laboral actualizada del demandante, en la que se contabilizan un total de 2.060 semanas (779,14** representadas en bono pensional y **1.281,29** aportadas directamente a esa AFP), **última cotización para el mes de septiembre del año 2022, con el empleador Arquitectura y Concreto S.A.S.**

Así las cosas, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Protección S.A., y como consecuencia de ello, a su inmersión automática en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, con las correspondientes restituciones económicas por parte de la AFP, los conceptos que estas comprenden y si procede o no la actualización mediante el mecanismo de la indexación dispuesta por el a quo. También se debe definir el cumplimiento de los requisitos para pensión de vejez, de ser el caso, monto de la mesada y fecha de disfrute y, lo atinente a la condena en costas a Colpensiones.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en torno al tema de la carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas, que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, dado que el formulario de tránsito entre regímenes se suscribió el 30 de**

**octubre de 1997**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otras en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto, el contenido mínimo estaba circunscrito a la **ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, y supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, resultando extraño **que en el escrito de contestación, Protección S.A. siendo la actual administradora de pensiones del actor, diga que no le consta el tiempo de afiliación al RPM**, por ser una administradora diferente, en la que no tiene injerencia, y sin embargo se contabilizan en las historias laborales adjuntas las semanas respaldadas con bono pensional **(779,14)**, datos que al parecer ni siquiera fueron consultados, además de resultar indispensables no solo para la afiliación, sino para determinar qué implicaciones le traía el tránsito entre regímenes, **conducta que evidencia que en realidad no se le hizo estudio particular y concreto de la situación del afiliado**, sin que se haya incorporado ningún medio de convicción sobre **información completa, adecuada, amplia, correcta, clara, comprensible, veraz y suficiente**, obligación de ilustración que deben cumplir las AFP al momento del acto de traslado de régimen y no en forma posterior, sin que haya lugar a saneamiento por reasesoría, pues,

*...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. Ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021.*

Estando la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni se infiera de los formularios suscritos, siendo la consecuencia de la inobservancia de tal deber, en cabeza de las administradoras, desde la entrada en vigencia del sistema pensional, artículo 97 Dto. 663 de 1993, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993**, norma que a la letra, para lo que interesa, indica: *la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, precepto a partir del cual se ha desarrollado la línea vigente en la jurisprudencia especializada, que esta Sala acoge como precedente vertical*, pues se carece de razones para argumentar en contrario, como se pretende por el apoderado de Colpensiones, sin que la acción tendiente a ello sea vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, y siendo su consecuencia, para casos como el que se somete a estudio, que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el afiliado, con los rendimientos y deducciones, resultando innecesaria una extensa citación sobre el particular, y menos relacionar por radicación la gran cantidad de decisiones hasta la data actual proferidas por la Sala de Casación Laboral, bastando, para el caso, referir el contenido de la sentencia **SL843-2022**, radicación 85499, con fecha **16 de marzo de 2022**, en la que se explica en forma amplia lo dicho.

De acuerdo con ello, y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, advirtiéndose que en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y la obligación de las AFP de asumir lo descontado por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio, surgen, entre otras, a partir de las sentencias

**SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en las **SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**, sin que pueda afirmarse enriquecimiento sin causa para Colpensiones o para la parte demandante, y menos una doble condena como se afirma al sustentar el recurso, pues fue la actuación de la AFP la que dio lugar a la ineficacia del acto, debiendo Colpensiones, con ocasión de tal sanción, responder por las prestaciones que correspondan dentro del sistema, al no haber tenido ningún efecto la pertenencia al régimen de ahorro individual.

Cabe también advertir que no es posible entender saneada la falta de información, bajo la tesis de los actos de relacionamiento, pues es clara la jurisprudencia de la Sala titular del órgano de cierre de la especialidad laboral en advertir que **el traslado de régimen es un acto expreso** que no se convalida por inferencias o suposiciones, (ver sentencia **SL1055-2022**), correspondiendo a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Ni es dable imponer al afiliado la carga de investigar permanentemente su situación ante el sistema, pues precisamente es **obligación** de la administradora velar por la efectiva realización de sus derechos en la forma en que más le beneficie, y **tampoco se puede presumir el**

**conocimiento del sistema pensional por la formación profesional que se tenga.**

Frente a la petición formulada en la apelación por el apoderado de Colpensiones, en cuanto a que sea la AFP la que traslade la totalidad del dinero requerido para financiar las eventuales prestaciones económicas a las que aspira el demandante, se tiene que además de no contar con ningún sustento jurídico ni probatorio, no fue planteada en forma oportuna, pues la sustentación de la alzada no es la etapa para introducir planteamientos o pretensiones no discutidas a lo largo del trámite, ya que con ello se atentaría contra los derechos de contradicción y defensa como presupuestos del debido proceso.

**Se adiciona el numeral tercero de la parte resolutive para indicar que** las restituciones ordenadas a la AFP Protección S.A., deberán efectuarse dentro de los **treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.**

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez,* sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la

Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

**En relación con el derecho pensional**, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del demandante, **19 de marzo de 1957**, arribó a los **62 años en igual calenda del año 2019**, acreditando para el **30 de septiembre de 2022, un total de 2.060,43 semanas**, según historia laboral generada por la AFP el 28 de octubre de 2022, superando así los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, **con causación el 19 de marzo de 2019; no obstante, erró el a quo al aplicar la tesis del retiro tácito para el disfrute**, pues al momento de absolver interrogatorio el señor Escobar Peláez, expreso ser tecnólogo en construcciones civiles, y al indagársele la **profesión u oficio a que se dedica**, respondió **constructor**, activo en su labor, con la sociedad **Arquitectura y Concreto S.A.S.**, tal como se aprecia en la **documentación allegada con ocasión de la prueba de oficio (historia laboral, con ultimo aporte hasta septiembre de 2022, como ya se dijo)**, por lo que en atención a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para gozar de **la mesada debe retirarse** expresa o tácitamente del sistema, lo que no ha ocurrido, razón por la que una vez se consolide por **Colpensiones** la historia laboral, y efectuado **el retiro expreso o tácito del sistema**, se procederá al otorgamiento de la pensión de vejez, bajo la regulación contenida en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, obteniéndose el IBL sobre toda la vida laboral y los últimos diez años de cotizaciones, y al más favorable se le aplicará tasa de reemplazo, en los términos del artículo 34 Ídem. En el evento de generarse algún retroactivo, se pagara debidamente

indexado e igualmente se autoriza el descuento del aporte a salud sobre mesadas ordinarias. **Modifica la decisión en este apartado.**

Frente a la **condena en costas a Colpensiones**, debe tenerse en cuenta que esta, **1.-** no está facultada para declarar administrativamente la ineficacia del traslado de régimen de pensiones; **2.-** en su actuación debe ajustarse a la ley, y para la fecha en que se petitionó el retorno al régimen público, el demandante se encontraba dentro de la restricción prevista en la Ley 797 de 2003, esto es, a menos de diez años de la edad para pensión; **3.-** no fue quien dio lugar a la ineficacia de traslado por falta al deber de información, pues cuando se dio la movilidad entre regímenes el mismo estaba en cabeza de los fondos privados; **4.-** debe ser citada a estos trámites a efectos de hacerle oponibles las ordenes a ella impartidas; y **5.** Frente al derecho pensional no le era viable efectuar pronunciamiento al no ser el demandante su afiliado, por lo que **se impone revocar esta condena a la entidad pública.**

**Costas** en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A. a quien se desata adversamente el recurso y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **José Escobar Peláez**, contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, para indicar la **AFP Protección S.A., debe efectuar las restituciones ordenadas en favor de Colpensiones**, dentro de los **treinta (30) días siguientes** a la ejecutoria de esta sentencia. **Modifica el numeral quinto**, para indicar que para el disfrute de la mesada pensional **el demandante deberá**



**acreditar retiro (expreso o tácito del sistema), razón por la que se ordena a Colpensiones que una vez consolide la historia laboral y el retiro ocurra, proceda a definir el derecho pensional bajo la regulación de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003. Se revoca la condena en costas a Colpensiones impuesta en el numeral séptimo. En lo demás confirma.**

Ante el resultado adverso del recurso interpuesto se impone la condena en costas en esta instancia a la AFP Protección S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000oo.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado