



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	JAIRO BENÍTEZ CASTRO
Demandados	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicación	76001310501120190003001
Tema	Ineficacia de Traslado de Régimen.
Sub Temas	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Es dable el traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa ental acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>El enriquecimiento sin justa causa no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p> <p>Procede la condena en costas a Colpensiones y a la AFP Protección S.A. en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejercieron oposición y fueron vencidas en juicio.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 150

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, artículo 15, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del

Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones y Protección S.A.** en contra de la **Sentencia No. 325 del 18 de octubre del 2019**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las demandadas **Colpensiones y Protección S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 145

Antecedentes

Jairo BenítezCastro presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES -**, y la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones Cesantías Protección S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a la demandada.

Demanda y Contestación

Refirió el demandante que nació el 28 de enero de 1962; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones el 4 de octubre de 1983, cotizando a esta entidad un total de 538,43 semanas.

Mencionó que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, a través de la suscripción del formulario con la AFP Protección S.A., al cual actualmente realiza aportes para pensión, acreditando un total de 1.242,86 semanas de cotización.

Adujo que teniéndose en cuenta el tiempo cotizado al ISS hoy Colpensiones y aportado al Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS acredita un total de 1.781,29 semanas en toda su vida laboral.

Manifestó que, el 27 de noviembre de 2018, radicó petición ante la AFP Protección S.A. con el fin que se anulara su traslado de régimen pensional, toda vez, que dicha entidad violó las normas y disposiciones que, en calidad de Administradora de Fondos de Pensiones, al tener una responsabilidad de carácter profesional, debía asumir para con los afiliados, tanto en la etapa previa a la afiliación como en las etapas posteriores a la misma, dentro de las cuales estaba el deber de informar con suma diligencia y pericia, respecto de los pro y los contra de las afiliaciones, sin obtener, a la fecha respuesta alguna.

Expuso que, el 27 de noviembre de 2018, solicitó ante Colpensiones, que se anulara su traslado del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la entidad dio respuesta de manera negativa manifestando que *“no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por el señor Jairo BenítezCastro, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo*

establecido en la Ley 100 de 1993, art. 13 Literal B", agotando así la vía gubernativa.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**. Se opuso a las pretensiones de esta demanda. Manifestando que no es la entidad competente para declarar la nulidad de la afiliación y del traslado de los aportes en pensión por vicios en su consentimiento, ya que se trata de un acto o contrato en el cual no participó por lo cual hasta la fecha se entiende que el señor Jairo BenítezCastro, actuó de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen pensional señalado en el art. 13 Literal B de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación; Cobro de lo no debido; Prescripción; la innominada; Falta de legitimación en la causa por pasiva** y la de **Buena fe**.

Igualmente la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, en la medida en que no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar al señor Jairo BenítezCastro, toda la información que este requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada, además que actuó de manera profesional, transparente y prudente, siendo el demandante quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado. Y propuso como excepciones de fondo: **Validez de la afiliación a Protección S.A.; Buena fe; Inexistencia de Vicio del Consentimiento por Error de Derecho; Prescripción; Inexistencia de Engaño y Expectativa Legítima; Nadie puede ir en Contra de sus Propios Actos; Inexistencia de la Obligación de Devolver la Comisión de Administración Cuando se Declara la Nulidad y/o Ineficacia de la Afiliación por Falta de Causa; Inexistencia de la Obligación de Devolver el 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; Compensación** y la **Innominada o Genérica**.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia No. **325 del 18 de octubre del 2019**; declarando la nulidad de la afiliación del demandante, señor Jairo BenítezCastro, al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y en consecuencia, generó el regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones; condenado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado del señor Jairo BenítezCastro, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados, los gastos de administración, comisiones y bonos pensionales, conforme a las previsiones del literal F) del art. 14 del Decreto 656 de 1994; ordenando a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para financiar la prestación económica que como administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella. Y condenó en costas a Protección y Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión impugnan las demandadas.

La **AFP Protección S.A.** pide se revoque el fallo.

Manifestó que, la actuación de los fondos de pensiones no ha sido falaz; que únicamente es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección S.A., pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que la administradora descontó por comisión de administración, ni mucho menos los gastos, en que ha incurrido por concepto de sumas adicionales, a su vez, no hay lugar a que se condene al

retorno a Colpensiones de los pagos por concepto de frutos e intereses, toda vez, que se trata de comisiones causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos que fueron realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido.

Afirmó que la tesis está cimentada en el art. 1746 C.C., que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad, la que al ser pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas, al mismo estado en que se hallarían si no hubiesen existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido, sobre el objeto o causa ilícita, en las restituciones mutuas, que deben de hacer los contratantes en virtud de este pronunciamiento; será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, por buena fe o mala fe de las partes, todo ello, según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.

Que en ese orden de ideas, si las consecuencias de la ineficacia, es la nulidad de la afiliación, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en el estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Afirmó que los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos, y del abono de las mejoras y, con base en ello debe entenderse que se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso, el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y, el fruto o mejora de la AFP es la comisión de

administración, la cual debe conservar, debido a que efectivamente hizo rentar el patrimonio efectuado como se encuentra probado en el proceso.

Manifestó que se puede hablar de unas prestaciones acaecidas, que no pueden desconocer sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez, que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado a los individuos, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última la comisión de administración al afiliado, toda vez, que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco debieron haber existido rendimientos.

Afirmó que la teoría de las prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse, fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en Sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre del 2008, tal y como lo expresó la doctora Carolina Puerta en su recurso de apelación como apoderada de Protección.

Esgrimió que es menester poner de presente que en caso de que se mantenga la condena a Protección a devolver a Colpensiones los aportes del demandante, entendiéndose los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado como comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, pues, se estarían recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la administradora sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando una interpretación no acorde con la constitución y la ley en detrimento del patrimonio de la entidad, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada una de las dos partes del contrato, declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por parte de la administradora y finalmente se le absuelva de la condena que por costas le fue impuesta.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** se pronunció sobre la condena en costas, toda vez que se le causa un deterioro económico, puesto que, nada tuvo que ver con la información que se le suministró al demandante, a quien no coaccionó en ningún instante para que hiciera su traslado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por **Protección S.A. y Colpensiones**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la nación fungue como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, encontrando que no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: Jairo BenítezCastro se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 4 de octubre de 1983 (fl. 4); que el actor diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Protección S.A** el 30 de agosto de 1994, sienta efectiva su afiliación el 1 de septiembre del 1994 (fls. 97 y 98); que el accionante el 27 de noviembre del 2018 presentó solicitud de traslado de Régimen Pensional ante Protección S.A. y la entidad a través de documento del 6 de diciembre del 2018, con

radicado No. CAS-3542648-L1Q7Z5 lo negó (fls. 29, 123 al 125); que igualmente el actor el 27 de noviembre del 2018 diligenció el formato de afiliación al Sistema General de Pensiones ante Colpensiones, solicitando el traslado de Régimen Pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, la entidad a través de Resolución No. BZ2018_15062123-3647333 lo negó (fls. 30, 31, 32).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si **I)** el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. **II)** la devolución de comisión por administración, sumas adicionales y frutos e intereses; **III)** analizar si se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante; y **IV)** la procedencia del pago de las costas procesales a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado (a). Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado

(a) ninguna duda sobre las conveniencias o desavenencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. o incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar "**debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas**".

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010** y **2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta,**

suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados (as) sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

La omisión de los fondos, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió en el plantamiento del problema jurídico, obra copia de la solicitud de vinculación del **30 de agosto de 1994** y copia del histórico de vinculaciones (fls. 97 y 98) que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** administrado por la **AFP Protección S.A.**, evento que tuvo lugar a partir del 11 de septiembre del 1994.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen, la entidad Administradora de Pensiones **Protección S.A.** haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, al demandante.

No se denota que la entidad de Seguridad Social demandada le haya suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debe mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretende el fondo demandado, acreditar que cumplió con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por el fondo privado, pues no se puede predicar que el accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia de que se haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para

explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito la AFP debió dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

La Sala precisa que a fls. 120, 121 y 122 del expediente, se encuentra una proyección pensional del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad expedida por Protección S.A., resulta pertinente mencionar la Sentencia SL1688-2019 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO mediante la cual se arguye que, cuando la AFP realiza doble asesoría al afiliado (a) o realiza proyección pensional, esos servicios realizados por la entidad no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado debido a que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado NO con posterioridad, como se mencionó con anterioridad, la persona que se afilia, requiere para tomar decisiones la entrega de datos, bajo las variables que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, desde ese punto de vista un dato es relevante cuando es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad, por el contrario cuando la asesoría no se entrega oportunamente, y por tanto pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

“.... De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado

información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...". (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable**.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa ental acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P**. CLARA CECILIA DUEÑAS.

Aunado a lo anterior, para la Sala resulta pertinente aclarar que, el enriquecimiento sin justa causa no opera en el presente proceso, toda vez que los aportes, rendimientos y los gastos de administración, no van a generar un enriquecimiento al accionante en detrimento económico de las AFP accionada debido a que en principio el accionante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al haber sido declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a la omisión al deber de información de acuerdo con lo mencionado en las

anteriores consideraciones y recursos de apelación resueltos, estas sumas a cargo de la administradora de fondos de pensiones Protección S.A. serán devueltas al RPM administrado por Colpensiones.

Finalmente respecto de las costas, señala el numeral 1º del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a las partes vencidas en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, como ocurrió en el caso *sub examine*, Colpensiones y Protección S.A. ejercieron oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fueron derrotadas en juicio, de tal suerte que deben asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas. Por lo que habrá de confirmar la decisión del *A quo* sobre este tópico.

En lo concerniente a los argumentos de los recursos de apelación, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos en las consideraciones anteriores.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales se despacharon negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los puntos de apelación, así como a la demandante, a quien se confirmará la decisión.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte (s) vencida (s) en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apleación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, y en favor del demandante, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo en ellas la suma de dos (2) millones de pesos como agencias en derecho, a expensas de cada una de ellas.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 325 del 18 de octubre del 2019** proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y en favor del demandante; liquíndense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de dos (2) MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) m/tce, a expensas de cada una de ellas.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia, para lo de su cargo.

Esta sentencia queda notificada en estrados.

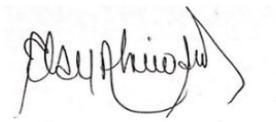
No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada