

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA 35

(Aprobado mediante Acta del 26 de abril de 2023)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310501020190072601
Demandante	Ximena Hormaza Llanos
Demandada	Colpensiones y Porvenir S.A.
Litisconsorte necesario	Protección S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Modifica -Adiciona – Confirma

En Santiago de Cali, el día 17 de mayo de 2023, la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados María Isabel Arango Secker, Natalia María Pinilla Zuleta y Fabian Marcelo Chavez Niño**, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procedemos a resolver los recursos de apelación de la sentencia 9 del 24 de enero de 2023, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Ximena Hormaza Llanos** contra **Colpensiones y Porvenir S.A.**

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende la demandante que se declare la nulidad o ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida, RPMPD, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (sic); como consecuencia, se ordene el traslado de todos los aportes junto con los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y gastos de administración a Colpensiones y que se condene en costas procesales a las demandadas.

Como hechos relevantes expuso que se cotizó al I.S.S., y que luego se trasladó a Colmena S.A., y luego a Porvenir S.A., pero que no recibió una debida asesoría sobre las implicaciones o consecuencias del mismo; que elevó reclamación de traslado de régimen ante el fondo Colpensiones y Porvenir S.A., pero fue resuelta negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que con las pruebas no se logra inferir la nulidad de la afiliación y que se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A. Propuso como excepciones la del traslado de la demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia, de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada, prescripción, compensación. Así como la de imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la Seguridad Social, proporcionalidad y ponderación, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema y validez de la afiliación al RAIS.

Dentro del trámite procesal se evidencia que el Juez de conocimiento a través de Auto 1812 del 20 de octubre de 2022, dispuso la integración al proceso de Protección S.A., en calidad de litisconsorte necesario. Por su lado, Protección S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que el acto de afiliación es válido, exento de vicios de consentimiento, además que la decisión de traslado de régimen se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por último, Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que no se demostró la causal de nulidad que invalide la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 9 del 24 de enero de 2023, declaró no probadas las excepciones y declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y los traslados posteriores que hubiere realizado de forma horizontal entre administradoras de dicho régimen de ahorro. Asimismo, declaró que la única afiliación válida de la parte demandante es la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Condeno a Protección S.A. y a Porvenir S.A., que trasladen a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administraron las cotizaciones de la demandante. Ordenó a Colpensiones que, una vez trasladados los recursos, impute los mismos en la

historia laboral. Y condenó en costas a Protección S.A., y a Porvenir S.A., las que deberán liquidarse por Secretaría, debiéndose incluir la suma de \$1.500.000 pesos para cada una, por concepto de agencias en derecho, en favor de la parte demandante, y la suma de \$500.000 pesos a cargo de Colpensiones a favor de la parte demandante.

Fundamentó su decisión en que la demandante no recibió una debida asesoría por parte de los fondos involucrados, sobre las consecuencias del traslado de régimen, ventajas y desventajas, al momento de efectuarse el mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

Por un lado, la apoderada judicial de Porvenir S.A., inconforme con la decisión interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que no puede exigirse el requisito del deber de información que surgió a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial, además que para la época del traslado la entidad no hizo parte del traslado inicial, por lo que considera que Protección S.A., era la que debía cumplir ese deber.

Asimismo, indicó que la demandante validó el traslado con la firma del formulario de afiliación y que a la demandante también le asistía el deber de averiguar las consecuencias del traslado por ser una situación trascendental como lo es su derecho pensional y que la decisión fue libre y voluntaria. Por lo que considera que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, como tampoco a la devolución de aportes y rendimientos, pues al declararse la ineficacia se debe entender que nunca se afilió al RAIS, y que tampoco hay lugar a devolver los gastos de administración pues los mismo se usaron para administrar la cuenta individual de la demandante. Y, tampoco a las primas, toda vez que la entidad contrató las pólizas de seguros respectivas ni los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida y se absuelva de todas las pretensiones.

Por otro lado, Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación mediante el cual hizo lectura de la norma que regula el tema sobre la selección del régimen, para concluir que la demandante actuó de manera libre y voluntaria. También hizo lectura de un aparte de unas sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en términos generales considera que de declararse la ineficacia afectaría el sistema y que la entidad ha actuado conforme a la ley. Por último, solicita que se revoque la sentencia proferida, y que se estudie la posibilidad de absolver de la condena en costas, toda vez que la entidad ha actuado de manera diligente y que la única entidad obligada en dar la información eran los fondos privados.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Estando dentro de la oportunidad procesal, ninguna de las partes presentó escrito de alegatos, tal como se observa en el expediente.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta Corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Frente al recurso de apelación propuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, se advierte, que será implícitamente resuelto por vía de la primera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A.

Para ello, se partirá de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que esa corporación redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados.

En ese sentido, la Corte estableció la naturaleza de la sanción jurídica que procede cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales; asimismo, cabe advertir, que en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho al traslado entre regímenes podía efectuarse cada tres años, posteriormente, en vigencia de la Ley 797 de 2003, dicho lapso se incrementó a cinco años y se agregó que no podría haber traslado de régimen cuando a un afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión de vejez, si su traslado se produce a partir del año 2004.

Así las cosas, en el caso particular de la parte demandante, se observa que para la fecha de traslado del ISS a Colmena S.A. hoy Protección S.A., hizo su afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda –tres años–, es decir que su traslado, por el aspecto temporal, no genera ineficacia alguna.

Ahora bien, dado que no se probó una ineficacia en el traslado por contravención a los términos mínimos de permanencia, procede esta Sala a verificar si se encuentra viciado el acto de afiliación por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna de asesoría y de buen consejo, pero, sobre todo, lo relacionado con la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Respecto al deber de información, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL1688-2019, señaló que es obligación de los fondos de pensión desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, brindar información completa, clara, oportuna, transparente y comprensible; sus beneficios e inconvenientes, ello teniendo en cuenta la desigualdad que existe entre administradora que tiene conocimiento en el tema del manejo de sus productos y en sí, el manejo de la cuenta de sus afiliados y el afiliado inexperto. Y, frente al alcance al deber de asesoría y buen consejo, indicó que no basta con cumplir con lo ya mencionado, sino que también implica un mandato de dar cumplimiento a aquello.

Ahora bien, la parte demandante alega que Protección S.A y Porvenir S.A. omitieron el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues no se demostró tal supuesto; la Sala determinará si ello es cierto.

Revisadas las pruebas aportadas, se advierte que se suscribió formato de «SOLICITUD DE VINCULACIÓN» al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección y Porvenir S.A., documento con el cual se corrobora la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada, ni se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación, en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado en la providencia SL1688-2019, pues lo referente a la firma del formulario y las afirmaciones allí contenidas, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, es claro que para la fecha del traslado, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, ello sin importar la calidad del afiliado, es decir, si cuenta o no con conocimiento de lo que implicaba el traslado.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o que tenga algún tipo de beneficio

transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Ha de resaltar la Corporación que, el deber de información se encuentra en cabeza de los fondos de pensión, debido a que deben ilustrar los pormenores sobre de las formas de pensionarse en el RAIS, el monto que debe acumular en la cuenta de ahorro individual, entre otros aspectos determinantes al momento del traslado, y esto no se encuentra demostrado en el presente caso.

Además, tal como lo explica la Alta Corporación, *ese deber de información ha cobrado mayor exigencia con el paso de los años y para ello se han identificado tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante*. Lo que conlleva a inferir, que para el momento en que la demandante se trasladó de fondo, ya existía la obligación para los fondos de brindar la información completa a sus usuarios. (Ver sentencia SL 1055 de 2022).

Ahora bien, se observa que la parte demandante se trasladó inicialmente de régimen, y luego hizo un cambio o traslado entre administradoras del mismo Régimen de Ahorro Individual, por lo cual, al estar viciado el primer traslado al RAIS, no tienen validez los actos que de él se deriven. Al respecto la CSJ en sentencia SL 31989, del 9 sep. 2008, señaló: *Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*.

Y ello es así, porque el deber de asesoría e información frente a la afiliación recaía en cabeza Colmena hoy Protección S.A., y como quiera que en este proceso se está discutiendo la validez del traslado de régimen, y no del cambio de administradora dentro del régimen de Ahorro, no es dable entrar a realizar un mayor análisis frente a las actuaciones de Porvenir S.A. y frente a ésta no se debe establecer la existencia de la omisión en el deber de información, pues no fue ella quien asistió a la parte actora al momento de realizar el cambio de régimen pensional, por cuanto se reitera, la validez del traslado de régimen, no se convalida con un cambio de administradora, y en esa medida, Porvenir S.A., solo tendría la obligación ante una afiliación deficitaria de trasladar los aportes del RAIS al RPM –en caso de que no se haya realizado en el presente caso–.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, se reitera que para la fecha del traslado, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, ello sin importar la calidad del afiliado, es decir, si cuenta o no con conocimiento de lo que implicaba el traslado.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, lo relacionado con la pérdida de beneficios pensionales, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en lo atinente a la carga de la prueba, resulta apenas lógico que, una vez el afiliado manifiesta no haber recibido la información debida al momento de la afiliación, es a la AFP a quien le corresponde acreditar que suministró la asesoría completa, cierta, suficiente, clara y oportuna. En esos términos lo afirmó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688-2019, ya enunciada: *En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

La anterior situación fue reiterada en la sentencia SL3349 de 2021, en la que se analiza el punto del deber de información que se encuentra a cargo de los fondos de pensiones, por considerar que cuentan con el conocimiento del manejo de cada uno de los regímenes y del mismo modo, dadas sus facultades, es su deber poner en contexto a los afiliados, sobre las implicaciones del mentado traslado. Así, tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones ni el Reglamento de Funcionamiento de Colmena hoy Protección S.A., mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrimadas al plenario, corroboran el hecho de que el traslado al RAIS, deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala.

Advierte esta sala que, frente al tema de los gastos de administración, los mismos se encuentran a cargo de la demandada Protección S.A. -sino lo ha hecho- y Porvenir S.A., pues así lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo: *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

Así mismo, en sentencia SL2601 de 2021 en la que se rememora la sentencia CSJ SL2877-2020, la CSJ adoctrinó, que frente a la devolución de aportes, incluye el reintegro a Colpensiones no

solo de las cotizaciones, sino también de los bonos pensionales -si los hubiere-, de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y frutos, rendimientos, primas de seguros provisionales, y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. Ello, teniendo en cuenta que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Razón suficiente para modificar el ordinal cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, en ese sentido.

Además, considera este Tribunal que la AFP deberá indicar los conceptos trasladados, que serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes que lleven a su justificación para efectos de la devolución. Situación que lleva a adicionar la sentencia en este aspecto, es decir, en el sentido de ordenar que esa devolución se realice de manera discriminada por cada concepto, advirtiéndole además que dicha obligación debe cumplirse dentro del término máximo e improrrogable de treinta (30) días hábiles, y, una vez recibidos tales valores, Colpensiones contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral.

De igual forma, considera la sala que no hay lugar a dar prosperidad al punto de censura que tiene que ver con la afectación del principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta, que es un asunto que en principio no le compete al usuario, pues cada régimen tiene su modalidad para administrar los recursos del aportante; además, el tema en controversia es por la declaratoria de ineficacia debido a falta al deber de información, como ya se ha mencionado en precedencia.

Frente a la configuración de la prescripción, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la SL1688-2019, enseña que las solicitudes de ineficacia de traslado se analizan en sentido estricto y no sustancial, como lo ha señalado la alta corporación en variada jurisprudencia, tal como lo hizo en la SL4608 de 2021, entre otras.

Por último, en lo que tiene que ver con la censura de la condena en costas, la Sala resalta que a pesar de la posición ya claramente decantada por la judicatura en torno a la problemática planteada en éste asunto desde hace ya varios años, la demandada Colpensiones, se opuso a las pretensiones argumentando entre otras cosas que “no existe prueba que sustente la nulidad del traslado”, creando con ése argumento una oposición manifiesta que, respecto de las pretensiones, genera una tensión procesal, por lo que según lo preceptuado por los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión según lo establecido en el artículo 145 del CPTSS, da lugar a condenar en costas, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho el equivalente 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a Colpensiones en favor de la demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: MODIFICAR la sentencia 9 del 24 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar que el reintegro a Colpensiones no solo de las cotizaciones, sino también de los bonos pensionales -si los hubiere-, de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y frutos, rendimientos, primas de seguros provisionales, y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto.

Segundo: ADICIONAR la sentencia 9 del 24 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ORDENAR a los fondos privados accionados, que en el momento de realizar la devolución de los conceptos mencionados en la parte motiva, los discriminen con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se les concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y una vez recibidos, por Colpensiones, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

Tercero: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

Cuarto: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte activa; se fijan como agencias en derecho para Colpensiones la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y para Porvenir S.A., a favor de la demandante, el equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Quinto: DEVOLVER por secretaría el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial.

No siendo otro el objeto de la presente se cierra y se suscribe en constancia por quienes en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

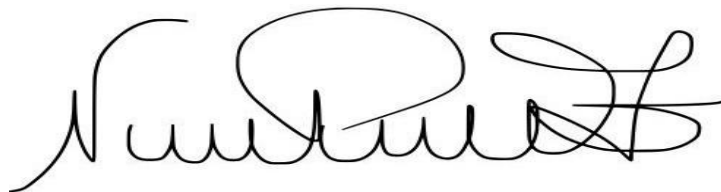
Magistrado



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Con salvamento de voto parcial frente a las costas impuestas a COLPENSIONES.



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-010-2019-00435-01**

DEMANDANTE: XIMENA HORMAZA LLANIS
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y PORVENIR S. A.
RADICACIÓN: 76001-3105-010-2019-00726-01
MAGISTRADA: DR. FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
ASUNTO: Salvamento de voto parcial frente a las costas a cargo de COLPENSIONES en INEFICACIA DE TRASLADO.

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES del numeral CUARTO del resuelve de esta sentencia, mediante el cual se imponen a la administradora del régimen de prima media las costas procesales, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) SMLMV.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta

acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

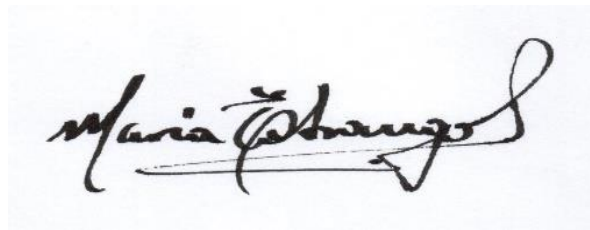
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta,

podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', with a stylized flourish at the end.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada