

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

SENTENCIA 55

(Aprobado mediante Acta del 19 de mayo de 2023)

Proceso	Ordinario
Radicado	760013105008202200662-01
Demandante	Hernando Suárez Sorzano
Demandada	Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Modifica -Adiciona – Confirma

En Santiago de Cali, el día 31 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 047 del 22 de febrero de 2023, proferida dentro del proceso ordinario promovido por Hernando Suárez Sorzano contra **Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A.**

ANTECEDENTES

Pretende el 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. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; como consecuencia, se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros generados a su favor y que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando.

Por último, que se condene en costas procesales a las demandadas.

Como hechos relevantes expuso que se afilió y cotizó inicialmente en el I.S.S., que se trasladó a Porvenir S.A., y luego a Protección S.A., pero que no recibió una debida asesoría sobre las implicaciones o consecuencias del traslado; que elevó solicitud de traslado de régimen ante el fondo Colpensiones y Protección S.A., pero fueron resueltas negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que dio información al demandante completa, objetiva e integral, en especial informó sobre todas las características del Régimen de Ahorro Individual en comparación con el Régimen de Prima Media, señalándole las siguientes diferencias o aspectos comparativos o característicos entre uno y otro. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

Por otro lado, Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones, afirmando 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 buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas,

Por último, mediante auto calendarado 14 de febrero del 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones, dicha providencia no fue recurrida.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 047 del 22 de febrero de 2023, declaró no probadas las excepciones y declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir S.A y en consecuencia declaró que se entenderá que el demandante siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros; así como también, condenó a Protección S.A., a devolver a Colpensiones E.I.C.E., el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esta AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y a

Porvenir S.A. a devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP, con cargo a su propio patrimonio.

Condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A., debiéndose incluir como agencias en derecho, la suma de \$2.000.000 pesos para cada una de ellas.

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

El apoderado judicial de Colpensiones., se fundamenta en los mismos alegatos de conclusión, basados en que, el demandante cuenta a la fecha con 58 años de edad y está a 4 años de adquirir el derecho a la pensión, así mismo que para la época del traslado del RAIS, registrado en Colpensiones, este estaba en pleno derecho a hacer dicha afiliación lo cual indica un procedimiento acorde a la Ley por parte de Colpensiones.

Sustenta que, a la fecha de afiliación efectuada en el RAIS, esta tenía plena validez. Frente a la nulidad o ineficacia del traslado alegada por la demandante, señala que no procedería, pues, de conformidad con el artículo 13 Ley 100/93, después de un año de la vigencia de dicha norma el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando falten menos de los 10 años para pensionarse y como quiera que el demandante ya está próximo a adquirir su derecho a la pensión, este ya no podría cambiarse de régimen, pues legalmente no le estaría permitido.

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación en contra los numerales 1,2 y 5, reprocha que si bien es cierto, en la sentencia se dice que en la fusión entre Horizonte y Porvenir, la absorbente asumió los derechos y obligaciones que tenía la absorbida, en este caso para el momento, no existían ni dentro del activo ni del pasivo, los gastos de administración porque ya se habían consumido por parte de Horizonte, en esa medida nunca llegaron esos dineros a Porvenir para la fusión y posteriormente no se podría en este momento condenar a esta a la denuncia.

Adicionalmente, en cuanto a las costas resalta que, aun cuando están justificadas normativamente no tiene asidero justo por cuanto las AFP, en este caso Porvenir S.A., tienen que comparecer al proceso si o si, sin tener una solución diferente a que permita trasladar a los demandantes por cuanto la Ley se lo impide, por un lado; y segundo, depende de la voluntad de Colpensiones.

Igualmente aduce que no hay lugar a la condena en gastos de administración por cuanto, los mismos, son bienes derivados de la Ley y están fundamentados en este, particularmente en el artículo 20 de la Ley 100/93.

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, únicamente Porvenir y la parte demandante presentaron 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 surtirte 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 Porvenir S.A. y 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 Porvenir S.A. y posteriormente a Protección S.A., hizo sus afiliaciones 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 Porvenir S.A. y Protección S.A. omitieron el deber profesional y legal que les 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 Porvenir S.A. y Protección 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 las formas de pensionarse en el RAIS, el monto que deben 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 Porvenir 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 Protección 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, Protección 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 Porvenir 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 arrojadas 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 Porvenir S.A. -sino lo ha hecho- y Protección 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 adocrinó, 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.

Frente al reparo efectuado por Porvenir, acerca de que los gastos de administración ya se habían consumido por parte de Horizonte, antes de fusionarse con Porvenir S.A., en esa medida nunca llegaron esos dineros a Porvenir para la fusión y posteriormente no se podría en este momento condenar a devolver los mismos, se le recuerda a la Entidad que al efectuarse la fusión se buscó dar continuidad a la administración de las cuentas que se venían manejando, luego no es de recibo dicho argumento para la Sala, máxime cuando la carga de la fusión o sus implicaciones no deben recaer sobre sus afiliados.

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 y una vez recibidos tales valores, Colpensiones deberá actualizar y entregar a la actora su historia laboral.

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.

En cuanto al reparo hecho a las costas a las que se condenó a Porvenir S.A., el artículo 365 del Código General del Proceso, precisa *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, luego, al resultar vencida, la consecuencia es la condena de las mismas.

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

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 047 del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar que el reintegro a Colpensiones no solo de las cotizaciones, sino también 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, conforme lo expuesto.

Segundo: ADICIONAR la sentencia 047 del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ORDENAR a los fondos privados accionados, que en el momento de realizar la devolución de las sumas de dinero que aquí se ha ordenado lo hagan debidamente indexadas, los discriminen con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, a partir de su notificación, y una vez recibidos por Colpensiones, ésta actualizara y entregara 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 Colpensiones y Porvenir S.A y a favor de la parte activa; se fijan como agencias en derecho para cada una de las mencionadas en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandante.

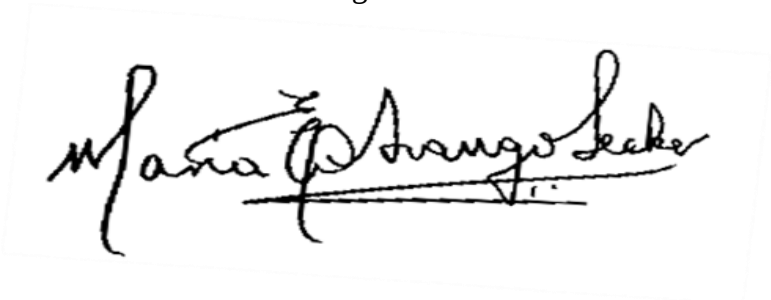
Quinto: DEVOLVER por secretaría el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

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.

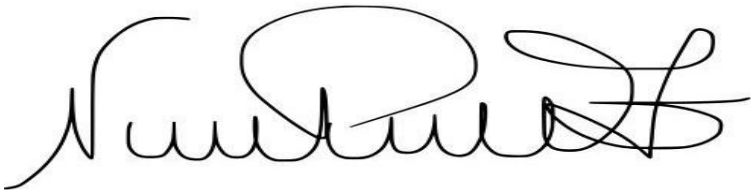


FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

Con salvamento de voto parcial frente a las costas a cargo de 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. 76001-31-05-008-2022-00662-01**

*DEMANDANTE: HERNANDO SUÁREZ SORZANO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS.
RADICACIÓN: 76001-3105-008-2022-00662-01
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 un (1) 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.

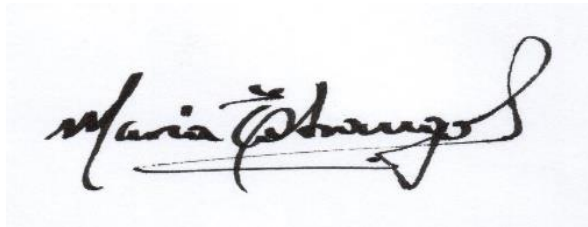
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez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