



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310500220190017101

Santiago de Cali, Valle del Cauca, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023).

La Sala resuelve el recurso de apelación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** instauró contra el fallo que el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali profirió el 8 de marzo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **MARÍA ELISA GIRALDO OLANO** promovió contra la recurrente, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

María Elisa Giraldo Olano solicitó que se declare la «*nulidad*» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A., así como el posterior traslado a Colfondos S.A. En consecuencia, requirió se condene a esta última a retornar a

Colpensiones «la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual» y a Colpensiones a recibirlos. Por último, se ordene el pago de costas y agencias de derecho a su favor.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 24 de mayo de 1963 e inicio su vida laboral cotizando al régimen de prima media con prestación definida; que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el **1.º de febrero del 2000**.

Señaló, que, al momento del traslado, no recibió información sobre las ventajas y desventajas de dicho acto jurídico, como tampoco le brindaron una proyección formal sobre sus aspiraciones pensionales, toda vez que Porvenir S.A. se limitó a señalar que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y, por tanto, podía perder las cotizaciones realizadas.

Explicó que, posteriormente, inconforme con el servicio brindado por Porvenir S.A., el **1.º de febrero de 2002** decidió trasladarse a Colfondos S.A., entidad ante la cual solicitó una simulación pensional, que arrojó una mesada pensional de \$1.156.249 al cumplimiento de los 57 años, mientras que en el RPM su prestación sería de \$3.958.112.

Manifestó que, en atención a lo anterior, solicitó el traslado de régimen pensional a Colpensiones y a Colfondos S.A., por medio de requerimientos de 14 de febrero de 2019 y 7 de marzo de 2019, respectivamente; sin embargo, Colpensiones negó dicha petición (Expediente Digital, archivo 01, pdf. 26).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, el traslado a Porvenir S.A., su posterior vinculación a Colfondos S.A., la solicitud de traslado que radicó la promotora y que fue negada; frente a los demás, afirmó que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, buena fe, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones»* (01ExpedienteDigital, pdf. 98 a 99).

Colfondos S.A. no se opuso a las pretensiones dirigidas en contra de entidades diferentes a esta; sin embargo, sí se opuso a las demás pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora y el traslado de Porvenir S.A a Colfondos S.A. Igualmente, indicó que al momento del traslado le informó acerca de las ventajas y desventajas sobre los regímenes pensionales, lo cual evidencia que el acto jurídico refutado fue voluntario e informado. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; buena fe; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; falta de legitimación en la causa por pasiva; compensación y pago; petición antes de tiempo; obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica»*.(02ContestaciónColfondos, pdf. 3 a 17).

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora y la fecha de traslado al régimen de ahorro individual. Indicó que sí asesoró de forma suficiente a la

demandante sobre las diferencias de cada régimen pensional y, por tanto, la afiliación fue producto de una decisión libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (03ContestaciónPorvenir, pdf. 48 a 69).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 8 de marzo de 2023, en la que decidió (12ActaAudienciaJuzgamiento, archivo 12):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandada COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR SA.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de MARIA ELISA GIRALDO OLANO, con la AFP PORVENIR S.A, Y COLFONDOS.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de MARIA ELISA GIRALDO OLANO, al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., una vez ejecutoriada esta providencia, realice el traslado de todos los dineros consignados que aparecen consignados en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA ELISA GIRALDO OLANO, a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se tasan en la suma de \$2.000.000 de pesos para cada uno de los fondos demandados.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en establecer si era procedente declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, con fundamento en la falta de información al momento del traslado y, en caso afirmativo, las consecuencias de esta declaración.

Para tal efecto, indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los fondos de pensiones tienen el deber de suministrar a sus potenciales afiliados la información necesaria, clara, precisa y comparada, desde el proceso de afiliación hasta la obtención de la pensión, con el fin de que este pueda establecer con certeza la conveniencia o no del cambio de régimen pensional.

Igualmente, recalcó que el simple consentimiento expuesto en el formulario de afiliación no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información antedicho.

A su vez, reiteró que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado y, por tanto, le corresponde al fondo privado demostrar que suministró la información en los términos previstos por la jurisprudencia.

En el caso concreto, sostuvo que los fondos de pensiones no aportaron prueba de haber cumplido con el deber de información ante señalado. Por tanto, declaró la ineficacia del traslado inicial y entre los fondos de pensiones privados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** la apeló y solicitó su revocatoria. Para sustentar su reparo, manifestó que la demandante realizó su traslado al régimen de individual de forma libre, voluntaria y sin presiones, como lo refieren los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Adujo que la promotora tuvo suficiente tiempo para informarse acerca del régimen más conveniente, que la ignorancia de la ley no

sirve de excusa y que la convocante no probó vicios en su consentimiento.

Aseguró que, al declararse la «nulidad», se debía ordenar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones y recursos de la cuenta de ahorro individual, los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, los rendimientos financieros, la anulación de bonos pensionales y el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Expresó que su representada actuó conforme a un deber legal al momento del traslado, teniendo en cuenta lo preceptuado en la ley 100 de 1993, por lo que no debió de ser condenada en costas y, finalmente, requirió se evalué la vulneración al principio de sostenibilidad financiera.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 21 de abril de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, se presentaron escritos de alegatos de la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los puntos no apelados.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, (ii) el 1.º de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS– administrado por Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 03, pdf 70) y, (iii) posteriormente, suscribió formulario de vinculación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 17 de diciembre de 2001 (expediente digital, archivo 03, pdf 70).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento del deber de información (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía

cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«realizo de forma libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

Por tanto, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones

incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el actor se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A. el **1.º de febrero de 2000**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por tanto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha administradora una obligación no prevista en el ordenamiento jurídico, dado que dicho mandato está establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre de vicios, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el

traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

No obstante, en virtud que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará al numeral 4.º del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, además de lo indicado en este numeral, los rendimientos, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Igualmente, se dispondrá adicionar el numeral SEXTO a la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada su entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de **manera íntegra** a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS,

más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo de Colpensiones, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo dispone la normatividad antes referenciada debe asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos normativos de la normatividad antes referenciada, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: Modificar el numeral 4.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **ordenar** a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones, además de los rubros señalados por el *a quo* en dicho numeral, los rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, primas de seguros previsionales, los valores

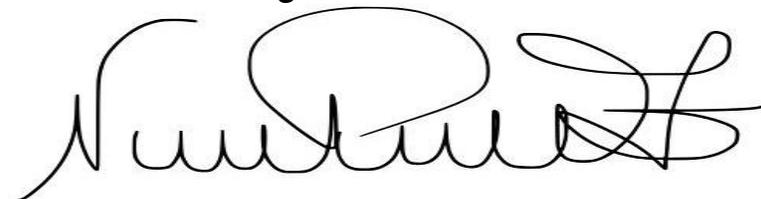
utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Adicionar el numeral sexto a la sentencia de instancia en el sentido de Condenar a **Porvenir S.A** a trasladar a Colpensiones de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada su entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

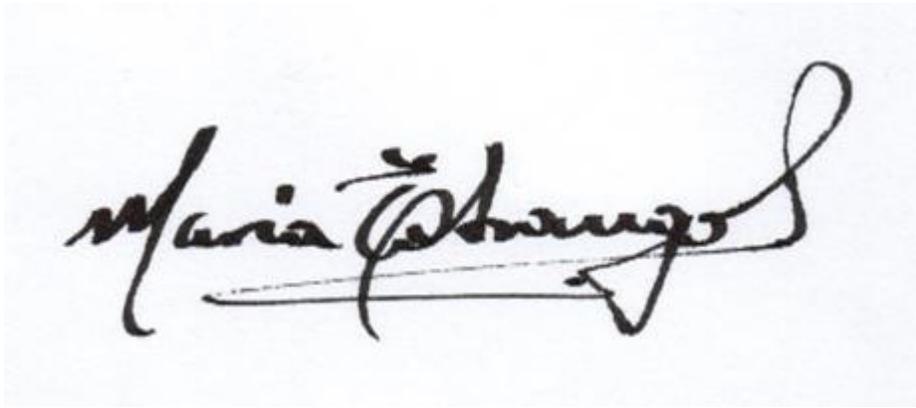
TERCERO: Confirmar en el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
Magistrada

A handwritten signature in black ink on a light background. The signature is written in a cursive style and appears to read 'María Isabel Arango Secker'.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a costas a cargo de COLPENSIONES

A handwritten signature in black ink on a light background. The signature is written in a cursive style and appears to read 'Fabian Marcelo Chavez Niño'.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

RAD. 76001-31-05-002-2019-00171-01

DEMANDANTE: MARÍA ELISA GIRALDO OLANO
DEMANDADOS: COLPENSIONES y OTROS
RADICACIÓN: 76001-3105-002-2019-00171-01
MAGISTRADA: DRA. NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
ASUNTO: Salvamento de voto parcial frente a las costas a cargo de COLPENSIONES.

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 la suma de cien mil pesos (\$100.000) y al TERCERO que confirma la sentencia de instancia en todo lo demás, en éste exclusivamente en lo tocante a las costas que en primera instancia se señalasen contra COLPENSIONES, que fueron como agencias en derecho se fija la suma de \$2.000.000 de pesos para cada uno de los fondos demandados.

Si bien es cierto que, el numeral 1º 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 a la hoy demandante, no podía retenerla en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia de la actora 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.

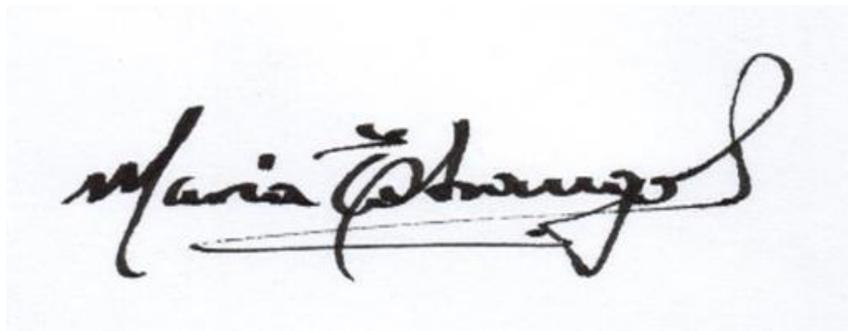
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el

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, reading "María Isabel Arango Secker". The signature is written in a cursive style with a large, looping flourish at the end.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada