



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310501520220001801

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** y **PORVENIR S.A.** instauraron contra el fallo que el Juez Quince Laboral del Circuito de Cali profirió el 23 de febrero de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **DIANA LORENA FUENMAYOR VÁSQUEZ** promovió contra las recurrentes y **PROTECCIÓN S.A.** Asimismo, se estudia el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Diana Lorena Fuenmayor Vásquez solicitó que se declare la «*anulación de la afiliación, la inexistencia del contrato, e ineficacia*» del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, a través de Porvenir S.A., por cuanto su consentimiento estuvo viciado por error. En consecuencia, requirió se condene a esta última a retornar a Colpensiones «*el total de los aportes*»

realizados, incluyendo rendimientos financieros desde la fecha de su vinculación, al igual que el valor total por concepto de bono pensional que se hubiere liquidado en su favor».

Asimismo, solicitó se condene a las demandadas a pagar a su favor las agencias en derecho, gastos y costas procesales.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 29 de noviembre de 1969 y se vinculó inicialmente al Instituto de Seguros Sociales –ISS-, entidad a la que permaneció afiliada hasta el 1.º de noviembre de 1997, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.

Señaló que, al momento del traslado, los asesores de Porvenir S.A. la indujeron en error, pues le indicaron que en el régimen privado su pensión sería superior a la que, eventualmente, obtendría en el RPM. Asimismo, le informaron que la administradora de este último régimen atravesaba una crisis que la llevaría a su liquidación.

Expuso que en noviembre de 2021 solicitó a Porvenir S.A que le suministrara un cálculo sobre la mesada pensional que obtendrá una vez adquiriera el derecho a la prestación económica de vejez y la entidad le indicó que en el RAIS obtendrá la suma de \$999.367, mientras que en Colpensiones su asignación sería de \$1.509.850.

Con fundamento en ello, adujo que la prestación económica más favorable era la del régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente indico que, en razón a lo anterior, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, con el propósito de

lograr su retorno al régimen por esta administrado; no obstante, tal aspiración le fue negada mediante oficio de 10 de septiembre de 2021, radicado 2021_10478930-28295080. (expediente digital, archivo 01, pdf 32 a 33).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de 23 de marzo de 2022, el Juez Quince Laboral del Circuito de Cali admitió el asunto y corrió traslado a las encausadas y al Ministerio Público para lo pertinente.

En el término oportuno, el delegado del **Ministerio público** se refirió a la jurisprudencia que la Sala de Casación Laboral ha consolidado sobre el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación y el carácter imprescriptible de la acción encaminada a obtener la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado. Todo lo anterior, para concluir que Porvenir S.A. tenía la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información respecto a la promotora, de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales sobre el asunto (expediente digital, archivo 06, pdf. 2 a 6).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos la edad de la convocante, su afiliación al ISS y su posterior trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., a partir del 01 de noviembre de 1997. En lo relativo a los demás supuestos fácticos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó *«innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, y la prescripción,»* (expediente digital, archivo 07, pdf 3 a 11).

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, aclaró que el traslado de la accionante del RPM al RAIS se materializó en 1994 a través de la **A.F.P. Colmena S.A.**, hoy **Protección S.A.**, y, luego, la promotora se vinculó a Porvenir S.A. el 1.º de noviembre de 1997. Agregó que, en esta segunda vinculación, le brindó *«información cierta, oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características, requisitos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad»*; por tanto, sí existió consentimiento informado. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación compensación, excepción genérica»* (expediente digital, archivo 08, pdf. 1 a 24).

En atención a la manifestación de Porvenir S.A., mediante auto de 9 de diciembre de 2022 el juez de conocimiento ordenó la vinculación de Protección S.A., antes Colmena S.A., en calidad de litisconsorte necesario.

En el término oportuno, **Protección S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Indicó que de manera previa suministró asesoría a la actora y, por tanto, su afiliación a la administradora fue el producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones, lo cual se evidencia con

la suscripción del formulario de afiliación, el cual cumple los requisitos legales.

Expuso que ejerce su labor de forma profesional y transparente; por tanto, cualquier tipo de afiliación que se realiza a la entidad es precedida de asesoría efectuada por sus ejecutivos comerciales, quienes reciben constantes capacitaciones orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, en procura de lograr la satisfacción de sus afiliados y brindarles tranquilidad y confianza.

Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado de la actora al RAIS o (SIC), inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación y pago, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A., innominadas o genérica»* (expediente digital, archivo 11, pdf.1 a 14).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Quince Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 23 de febrero de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 17 pdf. 1 a 3).

1.º- DECLARAR no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

2.º- DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. de fecha 1º de noviembre de 1997.

3.º- ORDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a ejecutoria de la sentencia a Colpensiones además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolver 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 la actora estuvo afiliada en el RAIS o (SIC), incluyendo el tiempo en que cotizó en otras 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, autorizando a porvenir s.a. repetir contra la otra AFP por los periodos donde la demandante haya estado afiliada por las condenas aquí impuesta.

4.º- Costas procesales, agencias en derecho la suma de 500.000 a cargo de Protección S.A., la suma 500.000 a cargo de porvenir s.a. y de 500.000 a cargo de Colpensiones en favor de la parte demandante.

Para respaldar tal decisión, el *a quo* comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si era viable declarar la nulidad e ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, con fundamento en la falta de información al momento en que se materializó dicho acto jurídico.

A continuación, indicó que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en señalar que los fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información completa a los afiliados, que les permita conocer los aspectos fundamentales de ambos regímenes pensionales (CSJ SL31989-2008, reiterada en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ ST191-2020, CSJ SL2884-2021 y CSJ SL1055-2022-).

Agregó que el alto tribunal ha indicado que es carga probatoria de los fondos demostrar que obraron con diligencia y cuidado en el suministro de la asesoría en comento y concluyó que, en el presente caso, Porvenir S.A. no probó tal mandato, dado que no aportó elementos de juicio indicativos de que hubiese suministrado información veraz, necesaria y suficiente a la promotora, relacionada con las implicaciones de trasladarse de régimen pensional.

En consecuencia, declaró la «*nulidad o ineficacia*» del traslado de la convocante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** la apeló y solicitó su revocatoria.

Para sustentar su reparo, manifestó que de conformidad al artículo 13 de la ley 100 de 1993, la accionante obró en ejercicio del derecho que le asiste y selecciono vincularse de manera libre y voluntaria al fondo de pensión de su preferencia. Agregó que el literal e) de esta misma ley establece «*que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la primera selección inicial, y después de un año de la vigencia de esta ley*».

Por otra parte, señaló que la accionante no reúne los requisitos para efectuar el traslado en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales, debido a que no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra dentro de la prohibición de traslado, en

tanto en la actualidad cuenta con 53 años y estaría a (2) años de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.

Porvenir S.A. también apeló la decisión de primer grado y solicitó su revocatoria. Para sustentar el recurso, adujo que la accionante no probó la existencia de vicios del consentimiento en su decisión de trasladarse y que, con la solicitud de afiliación al RAIS, se acreditó que el fondo de pensiones le suministró toda la información necesaria para que la decisión de traslado fuese voluntaria.

Insistió en que en esta clase de procesos debe aplicarse la prescripción, toda vez que la acción no versa sobre la adquisición del derecho pensional en sí mismo, sino se encamina a buscar la nulidad e ineficacia de traslado de régimen pensional.

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, Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron escrito en el que reiteraron los argumentos esbozados para sustentar el recurso de alzada.

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 y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor

de la primera.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que los elementos de convicción que se aportaron al proceso dan cuenta de que la fecha de vinculación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida tuvo lugar en enero de 1993, tal como se evidencia en el formulario de corrección que adjunto Colpensiones al contestar la demanda. (expediente digital, archivo 07, pdf 21).

Asimismo, revelan que suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por Colmena, hoy Protección S.A., el 26 de mayo de 1994, y que permaneció en dicha AFP hasta el 1.º de noviembre de 1997, fecha esta última en la que suscribió solicitud de traslado a PORVENIR S.A., en la que se encuentra vinculada actualmente. (expediente digital, archivo 08, pdf 69 - 78).

Claros los anteriores supuestos fácticos, 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.

Con tal propósito, la Sala abordará los siguientes aspectos: (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, la promotora se trasladó al RAIS administrado por Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 26 de mayo de 1994, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y 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, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada 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; no obstante, no obra en el expediente constancia de que lo hiciera.

Por otra parte, si bien es cierto que la proponente firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», contrario a lo argüido por Porvenir S.A., 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 considerar que la falta de información deviene en que el traslado sea ineficaz, así como en establecer 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 sin antes advertir que no es de recibo para la Sala el reparo de Colpensiones, relativo a que la ineficacia de traslado es aplicable únicamente a los beneficiarios del régimen de transición, toda vez que el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral ha indicado que tal conclusión no es cierta, dado que «*ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado»* (CSJ SL4426-2019).

Ahora bien, como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de lo indicado en este numeral, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha 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, y autoriza a Porvenir S.A. a repetir contra las AFP por el tiempo que la demandante haya estado afiliada.

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 Colpensiones 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).

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,

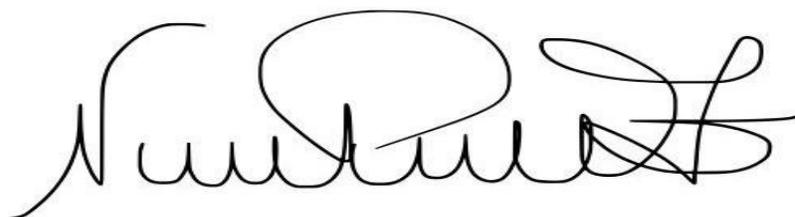
VIII. RESUELVE

PRIMERO: Adicionar el numeral 3.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **ordenar** a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones, además de los rubros señalados por el *a quo* en dicho numeral, los valores utilizados en seguros previsionales, gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha 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.

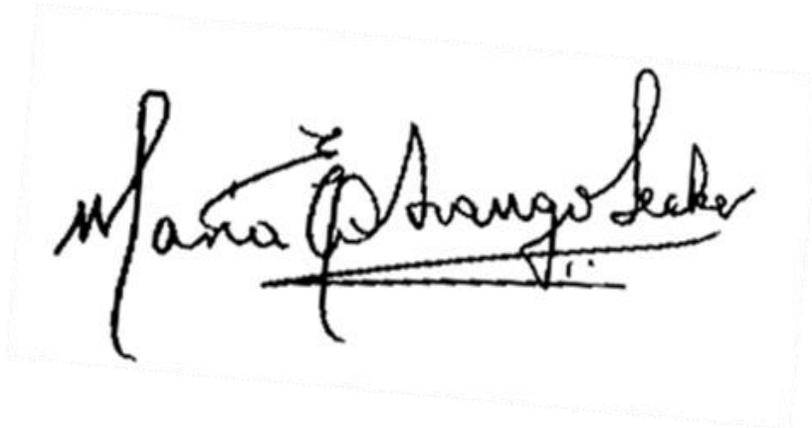
SEGUNDO: Confirmar en el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), que deberán ser pagados a prorrata por las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
Magistrada

A handwritten signature in black ink, enclosed in a light gray dashed rectangular border. The signature is written in a cursive style and reads "María Isabel Arango Secker".

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto parcial frente a las costas a cargo de COLPENSIONES

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script that appears to read "Fabian".

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. 76001-31-05-015-2022-00018-01**

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, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

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 a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual 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 (a) a el (los) fondo (s) privado (s).

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 parte hoy demandante, no podía retenerlo (a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia 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.

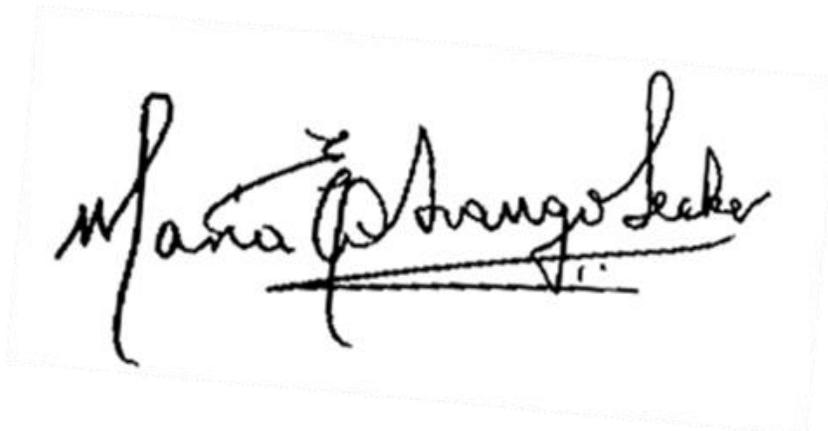
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez 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 dudarlos 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, enclosed in a light gray rectangular border. The signature is written in a cursive style and reads "María Isabel Arango Secker". There is a horizontal line drawn under the signature.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada