



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310501620220035501

Santiago de Cali, Valle del Cauca, veintiocho (28) 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 la Jueza Dieciséis Laboral del Circuito de Cali profirió el 29 de marzo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **GINA PAOLA ROJAS GONZÁLEZ** promovió contra la recurrente, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCION S.A.**; asimismo, se decide el grado jurisdiccional de consulta en favor de la impugnante en los puntos no apelados

I. ANTECEDENTES

GINA PAOLA ROJAS GONZÁLEZ 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 Protección S.A. En consecuencia, requirió se condene a esta última, a la que está actualmente afiliada, a trasladar a

Colpensiones los saldos de su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados.

Finalmente, requirió se ordene a Colpensiones aceptar su reintegro como afiliada del régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Por último, se ordene el pago de costas y agencias de derecho a su favor y se acceda a lo probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 20 de junio de 1970 y el 28 de noviembre de 1989 se afilió al régimen de prima media con prestación definida.

Agregó que el 18 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y, posteriormente, se trasladó a Protección S.A. el 17 de diciembre de 1998.

Señaló que, al momento del traslado inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS–, Porvenir S.A. omitió proporcionarle información veraz y completa respecto a las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual; tampoco le indicó cuáles eran las condiciones de afiliación y proyección pensional en cada uno de los regímenes y se limitó a indicarle sobre las presuntas ventajas que tenía el –RAIS–, si tenía en cuenta que el «*SEGURO SOCIAL tenía problemas financieros y su aporte pensional podría afectarse*».

Expresó que tomó la decisión de vincularse posteriormente a Protección S.A. «*basada en la asesoría brindada por uno de sus asesores al comparar la rentabilidad con las otras administradoras de fondos de pensiones*».

Expuso que la falta de información afectó sus expectativas pensionales, dado que, años después de estar vinculada al RAIS, le fue realizada una proyección de lo que sería su mesada pensional, proceder que arrojó que:

(...) en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones en el caso de encontrarse allí afiliada, su mesada pensional ascendería a la suma \$5.749.099, aplicando descuento en salud sería un valor neto de \$5.059.208, teniendo como base un IBL de \$7.983.971 y 1.696,41 semanas de cotización, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., la señora Gina Paola Rojas González accedería a una mesada pensional equivalente a \$1.887.640.

Expresó que, ante el hecho evidente de que la prestación económica más favorable sería la del régimen de prima media con prestación definida, el 6 de julio de 2022 solicitó a Colpensiones que le permitiera retornar a dicho régimen; sin embargo, tal aspiración se negó mediante oficio bajo el radicado 2022_9184658-31858350. (Demanda, archivo 02, pdf. 1 a 13).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones específicamente dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación inicial al ISS, su traslado a Porvenir S.A., la presentación de la reclamación administrativa y la negación de la misma al encontrarse a menos de diez años de cumplir con la edad para pensionarse.

Respecto de los demás hechos, afirmó que no le constaban. En su defensa propuso las excepciones de «*inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe, y prescripción.*» (Contestación Colpensiones cuaderno 09 archivo 07 pdf. 1 a 10).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Indicó que:

(...) le explicó a la demandante que son regímenes diferentes y excluyentes entre sí y en ese sentido, no puede hablarse de ventajas o desventajas, ya que simplemente la favorabilidad de pertenecer a uno u otro va a depender de cada caso en particular y de las expectativas pensionales de cada afiliado. De conformidad con lo anterior, debe afirmarse que la asesoría suministrada la señora Gina fue totalmente OBJETIVA e INTEGRAL, donde se le pusieron de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos, por lo que correspondió al accionante realizar de acuerdo con toda la información recibida su propio juicio de conveniencia o favorabilidad que finalmente la llevó a elegir a esta Administradora en forma libre, voluntaria e informada, plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación.

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.

Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Formuló como excepciones de mérito las de *«Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, Buena Fe, Prescripción, Innominada o Genérica»* (expediente digital, archivo 10, pdf.1 a 17).

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora y la suscripción del formulario de traslado.

Indicó que la demandante, una vez recibió asesoría como constan en los documentos aportados, procedió a suscribir formulario de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones.

Aclaró que la vinculación a cualquiera de los regímenes es decisión únicamente del afiliado, quien acepta por escrito su elección de vincularse o trasladarse de régimen, de acuerdo a sus expectativas.

Para respaldar tal manifestación, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual:

El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:
a. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

Al igual que el artículo 11 de Decreto 692 de 1994, que establece que: *«La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar»*.

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

Formuló como excepciones de mérito las de *«falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir – inexistencia de la obligación, buena fe, restituciones mutuas y la excepción innominada»* (Contestación Porvenir archivo 11 pdf. 1 a 12).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, la Jueza Dieciséis Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 29 de marzo de 2023, en la que decidió (Acta Audiencia, archivo 14):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por los fondos COLPENSIONES, PROTECCION S.A y por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante, GINA PAOLA ROJAS GONZALEZ con PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el regreso de GINA PAOLA ROJAS GONZALEZ al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A y PROTECCION S.A una vez ejecutoriada esta providencia realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de GINA PAOLA ROJAS GONZALEZ a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costa a COLPENSIONES, PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. Tásese en agencias en derecho, un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una de estas entidades.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en establecer si era procedente declarar la nulidad e ineficacia de la afiliación de la demandante a los fondos de ahorro individual con solidaridad –RAIS- y, en caso afirmativo, si procedía su regreso al régimen de prima media con prestación definida –RPM–, administrado por Colpensiones.

Para tal efecto, indicó que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en manifestar 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) el mismo criterio lo propuso en sentencias posteriores, (CSJ SL14102– 2019 y CSJ SL1688–2019).

A continuación, indicó que la carga de probar el deber de información corresponde a las administradoras de pensiones,

carga que no cumplieron los fondos convocados al presente trámite; por tanto, declaró la ineficacia del traslado solicitada en el escrito inicial.

Por último, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en ilustrar sobre las consecuencias de la ineficacia y los rubros que deben ser devueltos y aclaró que en este tipo de procesos no es viable la figura de la prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones apeló y solicitó la modificación de la sentencia argumentando 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 rendimientos, pagos de ahorros pensionales, 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. Estos conceptos debidamente indexados al momento del traslado.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 18 de mayo de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, Colpensiones presento escrito en el que reitero 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 Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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, a partir del 28.º de noviembre de 1989 (ContestaciónColpensiones, archivo 09 pdf 08 anexos 1- 8); (ii) el **18 de octubre de 1994** se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Porvenir S.A. (Contestación Porvenir, archivo 11 pdf anexos 10 pdf 1-13) y, (iii) posteriormente, se trasladó a Protección S.A. el 17 de diciembre de 1998 (ContestaciónProteccion, archivo 10 pdf 1 - 68).

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, la actora se trasladó al fondo de pensiones **Porvenir S.A.** el **18 de octubre de 1994**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera a la afiliada elegir *«libre*

y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por tanto, **Porvenir S.A.** tenía el deber inexcusable de brindar a Gina Paola Rojas González 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 vinculada; no obstante, no obra constancia en el expediente de que cumpliera con dicho mandato.

Por otra parte, si bien es cierto que la demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso, 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, la jueza 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.

Ahora bien, en lo que respecta a las implicaciones prácticas de tal determinación, conforme a la jurisprudencia citada no son otras que tener por no efectuado el acto jurídico de traslado nunca

ocurrió, esto es, retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si aquel no hubiese existido.

Bajo este precepto, la consecuencia económica de lo anterior es que el fondo de pensiones privado traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

(...) en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

(...) 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.

No obstante, como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral cuarto del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dichas entidades, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que también 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 de primer grado a cargo de Colpensiones, es oportuno precisar que el

numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso, norma procesal de orden público y obligatoria aplicación analógica, en los términos del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Claro lo anterior, se advierte que dicha administradora se opuso en la contestación de la demandada a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia.

Así, al haberse desestimado las excepciones formuladas por dicha demandada, es indiscutible que fue vencida en juicio, lo cual daba lugar a la imposición de condena en costas a su cargo.

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

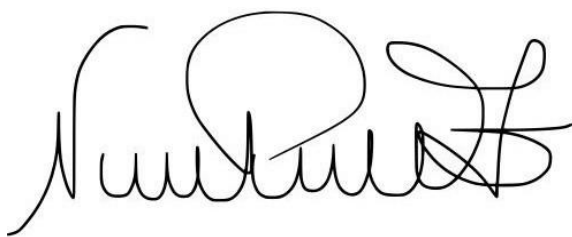
PRIMERO: Adicionar el numeral cuarto del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dichas entidades, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que también deberán aparecer

discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

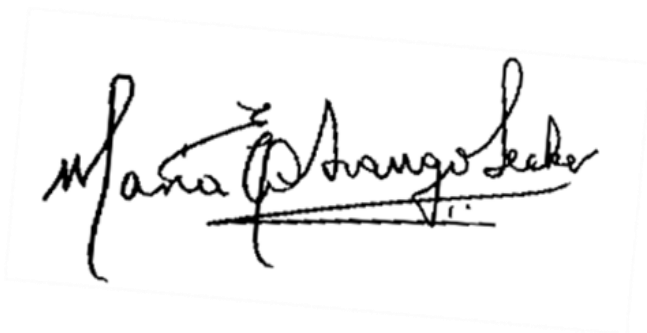
SEGUNDO: Confirmar en el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

TERCERO: 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



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada
Salvo voto por costas a COLPENSIONES

A handwritten signature in dark ink, consisting of a stylized 'F' and 'M' followed by a long, sweeping flourish.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-016202200355-01**

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.

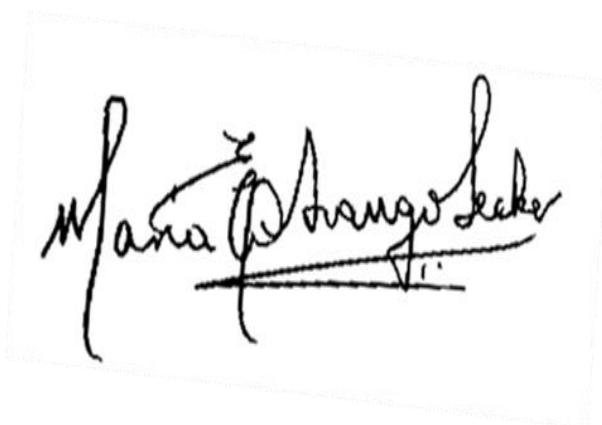
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez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

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada