



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310501620220039701

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 10 de abril de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **LUZ STELLA GUTIÉRREZ OLAYA** promovió contra la recurrente y **PORVENIR S.A.**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Luz Stella Gutiérrez Olaya solicitó que se declare la «ineficacia de la afiliación» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a esta última a trasladar a

Colpensiones los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y semanas cotizadas; a esta última a aceptar el traslado y a las convocadas a pagarle lo que resultare acreditado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 26 de diciembre de 1965 e inició su vinculación laboral cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde el 1.º de julio de 1996 hasta el 23 de enero de 1997, un total de 25,7 semanas; agregó que en esta última fecha se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

Señaló que, al momento del traslado, Porvenir S.A. no le informó verbalmente ni por escrito sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, como tampoco la ilustró acerca del capital que debía acumular para acceder a la pensión y, menos aún, le entregó un plan de pensiones.

Indicó que el 23 de marzo de 2022, Porvenir S.A. le informó que su mesada pensional en el RAIS, al cumplir 60 años, sería de \$1.060.272, mientras que, de encontrarse afiliada al RPM, su mesada hubiese ascendido a \$2.544.137. Además, refirió que tenía un ingreso base de liquidación de \$4.006.516 y que nunca recibió la carta de asesoría en once años.

Manifestó que el 21 de junio de 2022 solicitó a Porvenir S.A. que autorizara su retorno al RPM, petición que fue negada el 18 de julio de 2022, bajo el argumento de que tal decisión correspondía a una facultad exclusiva de los jueces de la república.

Adujo que el 21 de junio de 2022 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, aspiración que también fue

negada en la misma fecha, por considerar la entidad que no cumplía los requisitos para ello, dado que se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, en tanto le faltaban menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse.

Expuso que, posteriormente, el 26 de julio de 2022 solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado, la cual fue negada en la misma fecha (02DemandaPoder, archivo 02, pdf. 1 a 23).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de declaratoria de ineficacia, a la condena en costas y a la aplicación de las facultades ultra y extra *petita*. Respecto a las demás pretensiones, precisó que se acogía a lo dispuesto por el juzgado. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación a dicha entidad, las semanas que cotizó al RPM, su posterior traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A., la petición que formuló para retornar al régimen de prima media y la respuesta negativa a la misma, la solicitud de «*nulidad y/o ineficacia*» del traslado y su respuesta negativa. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito de «*inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe y prescripción*» (Contestacion16Febrero2023, carpeta 08Colpensiones pdf. 2 a 9).

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. Indicó que al momento

del traslado le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el funcionamiento, características, requisitos, ventajas y desventajas del RAIS, las implicaciones del traslado, beneficios de cada régimen y los requisitos para acceder a su pensión. En cuanto 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, restituciones mutuas y excepción genérica»*. (06ContestacionDemanda, carpeta 09ContestaciónPorvenirSA pdf. 1 a 25).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, la Jueza Dieciséis Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 10 de abril de 2023, en la que decidió (13ActaSentencia, archivo 13):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la Ineficacia de la afiliación de la demandante, LUZ STELLA GUTIERREZ OLAYA con PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de LUZ STELLA GUTIERREZ OLAYA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A, una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de LUZ STELLA GUTIERREZ OLAYA a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas, Tásense como agencias en derecho el valor de 1 Salario Mensual Vigente para cada una de las demandadas.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar 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 la obligación de suministrar la información necesaria desde la afiliación hasta la obtención de la pensión, a fin de que el afiliado pueda establecer la conveniencia o no del cambio de régimen. Del mismo modo, precisó que el deber de información es una obligación a cargo de las AFP desde su creación y ha evolucionado con el tiempo.

En el caso concreto, sostuvo que las demandadas se limitaron a negar la falta información en el curso del proceso; sin embargo, no aportaron evidencia de haber informado a la promotora sobre la conveniencia o no del traslado, beneficios y limitaciones del RAIS con respecto del RPM, pues la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente.

Por tanto, declaró la ineficacia del traslado y ordenó trasladar a Colpensiones los valores de su cuenta de ahorro individual.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones, solicitó al revocatoria de la sentencia. Para sustentar su reparo, manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia existente sobre el tema, al declararse la ineficacia del traslado de régimen se debe ordenar, no solo la devolución los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual, sino también el reintegro de las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los

rendimientos financieros, la anulación de bonos pensionales, los porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración.

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 dicho lapso, Colpensiones y Porvenir S.A presentaron tales alegatos.

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 aspectos no apelados.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 26 de diciembre de 1965 (ii) que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y (iii) que el 23 de enero del 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Porvenir S.A. (06ContestacionDemanda, carpeta 09ContestaciónPorvenirSA pdf. 4).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de

ahorro individual con solidaridad de la actora 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 de dicha obligación, (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 información 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, «*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

del régimen de prima media con prestación definida administrado por Porvenir S.A. el **23 de enero del 1997**, 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.

En ese contexto, Porvenir 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; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora, el cual, como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, 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.

Se sigue de lo anterior, que 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.

No obstante, como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará al numeral cuarto del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

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

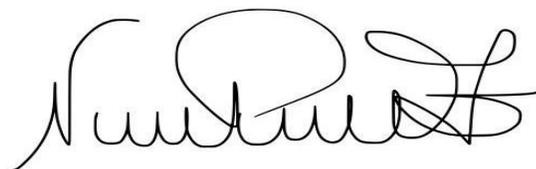
PRIMERO: Adicionar al numeral 4.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, además de lo ya indicado en este numeral, los rendimientos financieros, los bonos pensionales si

a ello hay lugar, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, cuentas de rezagos si las hubiere, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

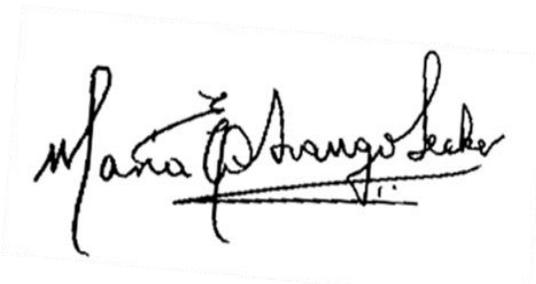
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones Inclúyase como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a las costas a cargo de COLPENSIONES

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'F' followed by a vertical stroke and a small loop.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-016-2022-00397-01

Con el debido respeto que siempre profesó 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.

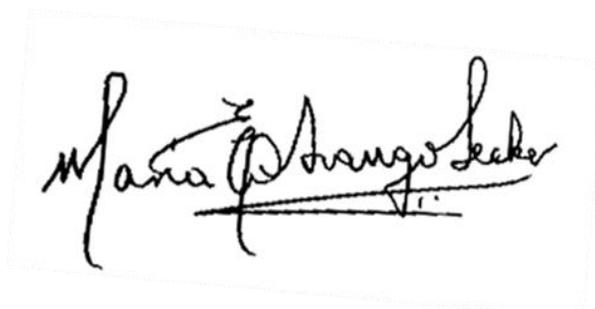
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez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