



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

Radicado No 76001310501120210036401

Cali, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala resuelve el recurso de apelación que **PORVENIR S.A** instauró contra el fallo que el Juez Once Laboral del Circuito de Cali profirió el 17 de febrero de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **VÍCTOR HUGO GÓMEZ QUINTERO** promovió contra la recurrente, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda ordinaria laboral contra las accionadas antes referidas, para que, previos los trámites propios de ese juicio, se declare la *«nulidad y/o ineficacia»* del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, administrado por Protección S.A., en febrero de 1997.

En consecuencia, requirió se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes y rendimientos financieros a Colpensiones y se condene al

pago de las costas y agencias en derecho y lo probado *ultra y extra petita*.

Para respaldar sus pretensiones, afirmó que nació el 1° de mayo de 1964 y que realizó sus aportes pensionales inicialmente al Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde mayo de 1991 hasta **febrero de 1997**, última fecha en que se trasladó a pensiones y cesantías Protección S.A. y que posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. en **diciembre de 2001**.

Manifestó que Protección S.A. nunca le brindó información sobre las condiciones del traslado, no realizaron una proyección pensional, no ilustraron sobre las ventajas y desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni sobre el derecho a retractarse. Por su parte, refirió que solo se limitó a señalar que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el otrora ISS y que esta entidad se acabaría.

Posteriormente el demandante se trasladó a Porvenir S.A, en diciembre de 2001 y esa AFP realizó su proyección pensional al cumplir 62 años e indicó que la mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente.

A su vez, refirió que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen; no obstante, la entidad le negó la posibilidad de retornar al RPM, por considerarlo incurso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. (03Demanda.pdf, archivo 03).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, manifestó que se atenía al contenido íntegro de los documentos aportados al proceso. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o no eran ciertos.

Formuló las excepciones de «*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica*» (10ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 2 a 22).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento del demandante, el traslado del ISS al RAIS, aunque precisó que el traslado a Protección S.A se hizo efectivo el **1° de febrero de 1997**, que la demandante recibió toda la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS y toda la información que requería para tomar una decisión consciente y libre de coacción.

Finalmente, refirió que la información se dio de forma verbal, por lo que la misma se debe tener en cuenta y que la demandante no hizo uso de su derecho de retracto ni manifestó inconformidad alguna, durante la vinculación; respecto a los demás supuestos fácticos, señaló que no eran ciertos o no le constaban.

Formuló como excepciones de mérito, las de «*validez de afiliación a protección S.A; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación y la innominada o genérica*» (11ContestaciónDemandaProtección.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 2 a 33).

Colpensiones no se opuso a la eventual declaración de «*nulidad y/o ineficacia*» del traslado del demandante a Protección S.A., sin embargo, se opuso a las demás pretensiones dirigidas en contra de su entidad. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la

fecha de nacimiento del promotor, su edad, la afiliación del mismo al ISS, la reclamación administrativa a Colpensiones y la respuesta negativa suministrada. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó «*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe*» (12ContestaciónDemandaColpensiones.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 3 a 16).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Once Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 17 de febrero de 2023, en la que decidió (31ActaAudiencia.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 1 a 8):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor VÍCTOR HUGO GOMEZ QUINTERO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso; sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V., a cargo de cada una de las mencionadas.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si procede o no la declaración de «ineficacia» del traslado del demandante al RAIS, y en caso afirmativo, establecer las implicaciones económicas de dicha declaración.

En esa dirección, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social las administradoras de fondos de pensiones privadas tienen el deber de ilustrar de forma clara, precisa y oportuna las características de cada régimen.

A su vez, manifestó que, la sola firma del formulario de afiliación no es razón suficiente para entender configurado el deber de haber brindado una información suficiente y transparente.

En el caso bajo examen, señaló que los fondos de pensiones encausados no acreditaron el cumplimiento del deber de información y declaró que las consecuencias de dicho incumplimiento era trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación, tales como los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldos de cuentas de rezago, historia laboral actualizada y

sin inconsistencia de semanas y gastos de administración recibidos por las AFP, desde la fecha en que se realizó el cambio de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de «*nulidad*» de traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Porvenir S.A. la apeló en los siguientes términos:

Manifestó que el demandante no aportó prueba de la existencia de algún vicio en el consentimiento y no hizo uso del derecho de retracto; por su parte, indicó que al momento del traslado no tenía la obligación de indicar el valor de la mesada pensional ni realizar análisis comparativo, no obstante, sostuvo que brindó la información necesaria para que el demandante decidiera trasladarse de régimen.

Respecto de la excepción de prescripción, insistió que es procedente, debido a que no se afecta el derecho a la pensión sino el valor de la mesada pensional.

En caso de declararse la ineficacia, solicitó que se compensara los gastos de administración con los rendimientos financieros y finalmente solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se revoque la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

En el término respectivo, Porvenir S.A., Colpensiones y el

demandante presentaron escritos de 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 Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor en lo que no fue materia de alzada.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que (i) la demandante nació el 1.º de mayo de 1964, (ii) se vinculó al ISS y realizó aportes pensionales desde mayo de 1991 hasta el 1.º de febrero de 1997 (iii) en esta última fecha se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por la AFP Protección S.A. y (iv) finalmente, se trasladó a Porvenir S.A el 1.º de diciembre de 2001. (10ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, Cuaderno Juzgado, pdf. 70).

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

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes 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 «*efectuado en 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).

EFFECTOS 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.

Frente al asunto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el demandante se trasladó al fondo de pensiones Protección S.A., el **1º de febrero de 1997**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por tanto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha administradora una obligación no prevista en el

ordenamiento jurídico, toda vez que ese mandato está establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto preimpreso denominado «*voluntad de selección y afiliación*», dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre de vicios, considerando 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 necesariamente 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; esto es, 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.

En ese contexto, la consecuencia económica de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen 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.

Ahora bien, respecto a la condena en costas de la primera instancia, es oportuno precisar que el numeral 1.º del artículo 365 del CGP aplicable en virtud del artículo 145 del CPTSS por analogía, establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio cumplimiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Porvenir S.A. se opuso en la contestación de la demanda a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fue vencida en juicio.

En consecuencia, es innegable que acertó el *a quo* al condenarla en costas, pues no le es dable «*acudir a criterios subjetivos para ser exonerada del pago de las mismas*» (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reitera en CSJ SL4360-2019).

Se sigue de lo anterior, que el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el fallo de primera instancia

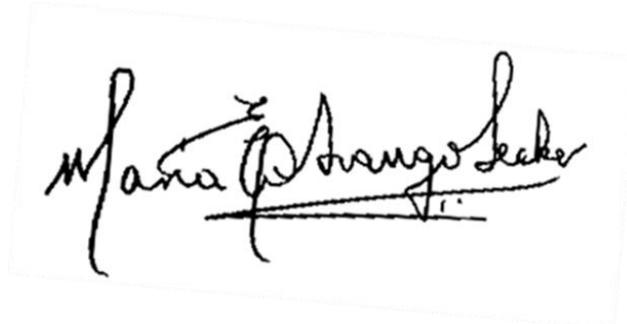
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto exclusivamente frente a costas a cargo de COLPENSIONES en primera instancia, las que se confirman por la Sala mayoritaria.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

RAD. 76001-31-05-0-01

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 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir 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*.



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada