



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

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

DEMANDANTE	MARÍA FERNANDA VÉLEZ LOTERO
DEMANDADO	COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO	760013105010 20210048701
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia del traslado
DECISIÓN	Confirma y adiciona

En Cali., a los catorce (14) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve los recursos de apelación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –** y **SKANDIA S.A.** instauraron contra el fallo que el Juez Décimo Laboral del Circuito de Cali profirió el 21 de marzo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **MARÍA FERNANDA VÉLEZ LOTERO** promovió contra las recurrentes, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** y el que fue integrado como llamado en garantía **MAPFRE S.A.**, asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

María Fernanda Vélez Lotero solicitó que se declare la «*nulidad o ineficacia*» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad –RAIS-; en consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A, Protección S.A y Old Mutual S.A. a devolver todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bono pensional, rendimientos financieros, gastos de administración y cotizaciones voluntarias a Colpensiones y, a este último, aceptar el traslado y recibir los aportes. Finalmente, requirió se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 10 de marzo de 1967, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde 1990; que cotizó al RPM un total de 267 semanas y que se trasladó a Colmena hoy Protección S.A. **en 1996**.

Señaló que, al momento del traslado, Protección S.A. no le informó sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, los requisitos para acceder a la pensión ni las consecuencias del traslado, solo informó que el ISS «*iba a quebrar y que era mejor estar en un fondo privado*»; adicionalmente, no entregó el portafolio de servicios, ni la proyección pensional.

Indicó que posteriormente, se trasladó a Skandia S.A, a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y finalmente a Porvenir S.A., los cuales también incumplieron con el deber de información.

Sostuvo que elevó petición a Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., en octubre de 2020 solicitando información sobre: historia laboral, relación de aportes, simulación pensional, prueba de que le hayan informado ventajas y desventajas de efectuar el traslado, entre otros. Porvenir S.A. respondió la solicitud y remitió los documentos solicitados, sin embargo, manifestó no tener prueba de la asesoría, puesto que, esta se brindó de forma verbal y que el eventual

monto de su mesada pensional dependía de muchas variables. Por su parte, Skandia S.A y Protección S.A no dieron respuesta a la petición.

Por lo anterior, solicitó el traslado a Colpensiones; sin embargo, la petición fue rechazada por encontrarse dentro de la prohibición de traslado establecida en la Ley (expediente digital, archivo 03Demanda, pdf. 1 a 12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 afiliación de la demandante a Protección S.A. y los traslados al interior del RAIS e indicó que si brindó la información acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o que no eran hechos.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«validez de la afiliación de la actora a Protección; ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; prescripción; compensación; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la innominada o genérica»* (expediente digital, archivo 07ContestaciónProtección, pdf. 2 a 18).

Skandia S.A se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, la afiliación de la demandante a Skandia S.A y la petición que la actora formuló a la entidad. Por su parte, indicó que le brindó información suficiente y necesaria sobre las condiciones, beneficios y características de los regímenes pensionales de forma verbal y aclaró que el traslado a su entidad se efectuó el 1.º de octubre de 2004. Frente a los demás hechos, manifestó que no le

constaban o no eran ciertos y llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia vida seguros S.A. toda vez que, esta entidad era la encargada de cubrir los riesgos de invalidez y muerte.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«prescripción; prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»* (expediente digital, archivo 08, pdf. 2 a 14).

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos el relativo a la afiliación a su entidad, la petición incoada y la respuesta emitida. Aclaró que no cotizó las semanas indicadas por la demandante y que Colpensiones no estaba obligada a asesorar sobre la escogencia de régimen pensional. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y, por tanto, esta revestido de legalidad y eficacia; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; la innominada; excepción de buena fe; compensación; imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; proporcionalidad y ponderación; violación al principio constitucional de "sostenibilidad del sistema"; validez de la afiliación al R.A.I.S. y no declaratoria de nulidad»* (expediente digital, archivo 09ContestaciónColpensiones, pdf. 2 a 13).

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo al traslado de la demandante a Porvenir S.A., la petición incoada y su respuesta. Por su parte, indicó que la asesoría se dio de manera verbal, que le suministró información suficiente sobre las condiciones, beneficios,

características, consecuencias del traslado de régimen y las variables para acceder a la pensión en el RAIS. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»*. (expediente digital, archivo 011, pdf. 2 a 23).

Mapfre S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban.

Frente a los hechos del llamamiento en garantía manifestó que era cierto lo relativo a que era la entidad encargada del aseguramiento de los afiliados para cubrir las contingencias de vejez, muerte, invalidez, incapacidad temporal y auxilio funerario y se opuso a la vinculación del proceso, toda vez que, el contrato de seguro suscrito con Skandia S.A. se limitó a la expedición de un contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Formuló como excepciones de mérito *«las planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía., inexistencia de vicios que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia respecto del traslado del actor al fondo de pensiones administrado por Skandia»* (expediente digital, archivo 12, pdf. 2 a 23).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Décimo Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 1.º de marzo de 2023, en la que decidió (15ActaAudienciaJuzgamiento, archivo 15):

PRIMERO: DECLARAR no probados las excepciones invocadas por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.



SEGUNDO: DECLARAR ineficacia total, por lo tanto, sin validez alguno el traslado de la señora MARÍA FERNANDA VELÉZ LOTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad inicialmente administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A y los demás traslados horizontales realizados por la demandante.

TERCERO: TENER como única afiliación válida que traía (sic) la demandante con el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A , PORVENIR S.A, SKANDIA S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los recursos recibidos con motivo (sic) del tiempo que estuvo aportando la demandante a esos fondos privados como los correspondientes (sic) para ser destinados en la cuenta individual, los valores destinados al fondo de garantía de fondo de pensión mínima, valores destinados para seguros pensionales, póliza de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración todos estos recursos deben de ser trasladados junto con los rendimientos, frutos, beneficios que hubieran reportados tales recursos a los citados fondos privados.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción invocada por MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGURO S.A.

SEXTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGURO S.A. de las pretensiones como llamamiento en garantía formuladas por SKANDIA S.A.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A, COLPENSIONES en razón de sus pretensiones adversas a la demanda las que deberán liquidarse por Secretaría, debiéndose incluir por concepto de agencias en derecho la suma de un \$1.500.00 a cargo de PROTECCIÓN S.A PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y la suma de \$500.000 a cargo de COLPENSIONES, en favor de la parte demandante.

OCTAVO: CONDENAR a SKANDIA S.A en costas en favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGURO S.A. las que deberán liquidarse por Secretaría, debiéndose incluir la suma \$500.000 como agencias en derecho.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar la información que se le brindó a la demandante al momento de trasladarse de régimen pensional, asimismo, con respecto al llamamiento en garantía establecer si existe alguna obligación por parte de la aseguradora Mapfre S.A.

Para tal efecto, indicó que, conforme a las disposiciones del sistema de seguridad social e incluso del estatuto orgánico del sistema

financiero, los fondos de pensiones desde su creación tienen la obligación de suministrar información de una manera clara, objetiva, transparente, cierta, oportuna e imparcial a los afiliados del sistema sobre los regímenes pensionales, a fin de que la decisión de traslado sea consciente e informada y la omisión de tal obligación genera la ineficacia del traslado inicial y los posteriores traslados horizontales.

Igualmente indicó que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, debido a que es el fondo privado el llamado a demostrar que suministró la información en los términos previstos por la jurisprudencia y, reiteró que, la simple firma expuesta en el formulario de afiliación con textos preimpresos y preelaborados no es suficiente para dar por demostrado el deber de información antedicho.

En el caso concreto, sostuvo que la demandante suscribió formulario de afiliación; sin embargo, la AFP no aportó prueba de haber cumplido con el deber de información en los términos dispuestos en la jurisprudencia.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que no opera en los casos como el analizado por estar asociado al derecho pensional y con respecto a la excepción de sostenibilidad financiera adujo que, al devolversele todos los recursos, garantiza la sostenibilidad.

En relación con el llamamiento en garantía, indicó que se absolverá debido a que la aseguradora no tuvo incidencia alguna con respecto a la afiliación de la de demandante con la AFP.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia. Para sustentar su reparo, manifiesta que la demandante tomó la elección de vincularse al RAIS de forma libre y

voluntaria y sostuvo que no se probó vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

A su vez, hizo alusión a que la demandante durante su vinculación no manifestó ninguna inconformidad y, por el contrario, realizó actos que denotaron ánimo de permanencia.

Finalmente señaló que la declaración de la ineficacia genera como consecuencia la descapitalización del sistema y que la condena en costas en su contra no procede porque obró de buena fe conforme a las disposiciones legales.

Igualmente, **Skandia S.A** solicita la revocatoria íntegra de la sentencia. Para sustentar su reparo, manifiesta que el traslado inicial no se hizo a su entidad y que el fondo actuó de buena fe.

Indica que le suministró información suficiente y veraz a la demandante respecto del traslado de régimen pensional, además que, la demandante tenía el deber de informarse sobre sus condiciones pensionales y que los traslados horizontales ratificaron su ánimo de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En relación con las condenas impuestas sostiene que no es procedente la restitución de los gastos de administración, debido a que estos tienen una destinación legal que ya se causó, por lo tanto, su devolución equivale a un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Añade que lo mismo ocurre con los valores destinados a las primas de seguros previsionales, debido a que ya fueron invertidos y disfrutados por parte de la demandante conforme a la ley.

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, Mapfre S.A, Porvenir S.A. y Skandia S.A 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 los recursos de apelación presentados por Skandia S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última en los aspectos no apelados.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no fue objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 10 de marzo de 1967, que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; (ii) que el 1º de agosto de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Colmena S.A. hoy Protección S.A; (iii) que el 1º de octubre de 2004 se trasladó a Skandia S.A y (iv) que el 1º de enero de 2014 se trasladó a Porvenir S.A. (expediente digital, archivo11, pdf. 49).

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 faltar 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.

i. **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).

ii. 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, pues 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.

iii. 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, 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).

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).

iv. 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. (CSJ SL5292-2021).

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, cuentas de rezago si las hay, 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 (CSJ SL2929-2022).

v. Caso Concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora suscribió formulario de

afiliación para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena, hoy Protección S.A. el **1.º de agosto de 1996**, 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, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; 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.

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen- actos de relacionamiento- o porque haya permanecido en el régimen por mucho tiempo, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que, lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional del RPM al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad (CSJ SL1055-2022).

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 (CSJ SL1467-2021).

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.

No obstante, como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará al numeral 4.º del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A a trasladar a Colpensiones los bonos pensionales si los hubiere, cuentas de rezago y las comisiones que se causaron durante la permanencia de la promotora en el RAIS (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

Ahora bien, respecto a la condena en costas de la primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral 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 acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones 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).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala quinta de decisión 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 Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A a trasladar a Colpensiones los bonos pensionales si los hubiere, cuentas de rezago y las comisiones con cargo a sus propias utilidades y por el tiempo que se causaron durante la permanencia de la promotora a cada fondo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente indexados y 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 Skandia S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV (\$1160.000) a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a costas a cargo de COLPENSIONES de la primera instancia

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-0010-202100487-01

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.

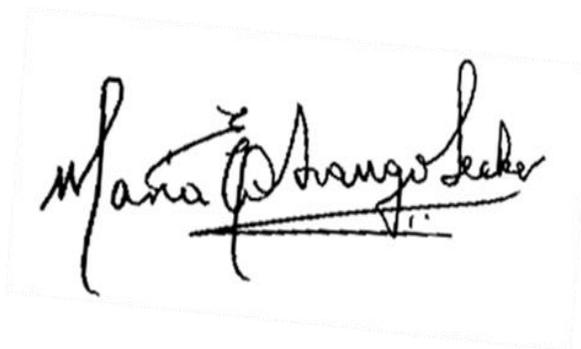
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez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



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada