República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105011**20220004**601
DEMANDANTE	MARIO GERMÁN CUESTA CARO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia del traslado
DECISIÓN	Confirma

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 el recurso de apelación que **PORVENIR S.A.** instauró contra el fallo que el Juez Once Laboral del Circuito de Cali profirió el 10 de marzo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **MARIO GERMÁN CUESTA CARO** promovió contra la recurrente, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –** y en el que se vinculó como litisconsorte necesario a **COLFONDOS S.A..** Igualmente, resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última.

I. ANTECEDENTES

Mario Germán Cuesta Caro solicitó que se declare la *«nulidad y/o ineficacia»* del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad – RAIS- administrado por Colfondos S.A. y, su posterior traslado a

Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A, a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital de la cuenta de ahorro individual por el descuento por concepto de gastos de administración, devolver los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos causados a Colpensiones y, a este último, aceptar el traslado y recibir los aportes. Finalmente, requirió se condene a Porvenir S.A. al pago de las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que cuando inició su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1985, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en **octubre de 1994** y, posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. **en julio de 1995.**

Señaló que, al momento de los traslados, los fondos de pensiones incumplieron con su obligación legal de suministrar información adecuada, clara, comprensible, suficiente y cierta sobre las diferencias, ventajas y desventajas, riesgos y consecuencias del régimen pensional, pues solo informaron que los fondos privados eran mejores que el público y que Porvenir S.A daba mejores rendimientos por los aportes de sus afiliados, además que el ISS *«iba a quebrar».*

Sostuvo que radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, el 25 de enero de 2022 solicitando su traslado, solicitud que fue rechazada por encontrarse inmerso en la prohibición de traslado establecida en la Ley (expediente digital, archivo 18, pdf. 6 a 20).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la pretensión principal de la demanda, respecto de las demás no se opuso. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos el relativo a la afiliación inicial al ISS, la actual afiliación del demandante a Porvenir S.A. y la solicitud de traslado de régimen presentada ante Colpensiones y su respuesta negativa. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaba.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada; buena fe y prescripción»* (expediente digital, archivo 09, pdf. 2 a 23).

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra ella. En cuanto a los hechos, manifestó que era cierto lo relativo a la afiliación a su entidad y aclaró que si bien la suscripción del formulario de afiliación fue el 22 de junio de 1995, el traslado se hizo efectivo el 1.° de julio de 1995, que la entidad que hizo el traslado inicial al régimen de ahorro individual fue Colfondos S.A. y que cumplió con el deber de información de acuerdo a los parámetros legales para la fecha del traslado, suministrando información de veraz y oportuna sobre las bondades, beneficios y limitaciones de ambos regímenes pensionales y finalmente indicó que la información suministrada fue de manera verbal y no se demostró causal de nulidad que invalide lo actuado. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepción previa la de *«falta de integración del litis consorcio necesario»* y 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 20, pdf. 2 a 49).

Colfondos S.A. se opuso a la pretensión de declaratoria de "*nulidad y/o ineficacia*" del traslado, no se opuso a las demás pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la afiliación del demandante a Colfondos S.A. e indicó que brindó una asesoría especializada e idónea al demandante acerca de las ventajas y desventajas del régimen privado, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas, las características y diferencias de cada régimen pensional. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban, que no eran hechos o que no eran ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; buena fe; validez de la*

afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; falta de legitimación en la causa por pasiva; compensación y pago; petición antes de tiempo; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; prescripción de devolución de comisión o gastos de administración y la innominada o genérica» (expediente digital, archivo 22, pdf. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 10 de marzo de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 35):

> PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor MARIO GERMAN CUESTA CARO, 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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.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 período 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 COLFONDOS 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 cada una las demandadas, conforme el Art. 365 del C. General del Proceso en concordancia con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante(…)

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si la AFP Porvenir S.A al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplió con el deber de

información, y en caso afirmativo, establecer las implicaciones económicas de dicha declaración.

En esa dirección, señaló que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prevé que la selección de los regímenes pensionales es libre y voluntaria y que la manifestación de esta decisión debe constar por escrito; a su vez, hizo referencia al artículo 271 de la misma normatividad, sobre las sanciones impuestas ante el incumplimiento de este deber.

Expuso que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, desde la implementación del 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 pensional; que la sola firma del formulario de afiliación no es razón suficiente para entenderlo como acreditado y que el incumplimiento de esta obligación tiene como consecuencia la ineficacia del acto jurídico.

En el caso bajo examen, señaló que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información y declaró que las consecuencias de dicho incumplimiento era trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación tales como, aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldos en cuentas de rezago y en cuentas de no vinculados, gastos de administración y pólizas de seguros previsionales.

En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer la improcedencia de este fenómeno.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Porvenir S.A.**, solicita la revocatoria de la sentencia. Para sustentar su reparo, manifiesta que cumplió con el deber de información como estaba previsto para la fecha en que se efectuó el traslado, tal como lo confirma el formulario de afiliación, pues para el momento del traslado no existía obligación de

entregar proyecciones pensionales he incluso ello resultaba imposible de acuerdo con los diversos factores que inciden en el reconocimiento de la pensión.

Resalta que, no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen efectuado por el actor y que al momento del traslado horizontal cumplió con los deberes a su cargo, por lo que la afiliación resulto libre, voluntaria y sin coacciones.

Indica que el demandante realizó diferentes traslados horizontales y de acuerdo con la jurisprudencia estos actos son catalogados como actos de relacionamiento, los cuales presuponen la voluntad inequívoca de permanecer al RAIS y también ratifican su conocimiento sobre las características y beneficios del RAIS.

Señala que, las condenas impuestas de devolver gastos de administración y primas de seguros previsionales no son procedentes por cuanto los descuentos por gastos de administración son autorizados por la ley y los mismos generaron un incremento considerable en la cuenta de ahorro individual del demandante, adujo también que las sumas correspondientes a las primas de seguros ya se agotaron o extinguieron, por lo tanto, no se encuentran en poder de la AFP sino en poder de las aseguradoras contratadas, por lo que resultaría un absurdo e imposible jurídico condenar a Porvenir S.A a retornar estos valores.

En cuanto a la indexación de los valores, indicó que este fenómeno aplica con el traslado de los rendimientos, mas no respecto de los demás valores, pues de llegarse a aplicar se ocasionaría un doble cobro.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 11 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, Porvenir S.A., el demandante y Colpensiones presentaron escritos de alegatos.

Porvenir S.A señalo que actuó de buena fe con relación al

traslado horizontal que realizó el demandante pues este se dio de manera libre, voluntaria y consciente, en cumplimento de todas las obligaciones legales al momento de la afiliación, tal como lo expresa el formulario de afiliación.

Reitera que Porvenir S.A no tuvo injerencia en el traslado primigenio entre regímenes pensionales, en lo que sí hizo parte fue en el traslado Horizontal que realizó el demandante al interior del RAIS y que la inconformidad del accionante no obedece a falta de información o engaño al momento del traslado sino a razones de carácter económico.

Por último, señala que los valores correspondientes a gastos de administración no deben ser trasladados, pues estos se descontaron conforme lo dispone la ley y se cumplió con la finalidad legal de los mismo y en caso de estimarse su devolución, estos no pueden retornarse de forma indexada pues con la devolución de los rendimientos de forma indexada ya se cumple con compensar la depreciación del poder adquisitivo, por lo que indexar todos los valores supone un doble cobro por un único concepto.

El **demandante** reitera que el precedente jurisprudencial es claro en señalar que a falta de cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP genera necesariamente la ineficacia del traslado, lo que supone que dicho acto nunca ocurrió, dichos presupuestos que se cumplen en el presente asunto, por lo que solicita confirmar el fallo de primera instancia.

Colpensiones manifiesta que en el presente proceso no se logró probar que el demandante haya sido engañado o inducido a tomar una decisión, más aún cuando permaneció en el régimen de ahorro individual sin manifestar ninguna inconformidad.

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 Porvenir S.A.,

así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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) el demandante estuvo inicialmente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; (ii) que el 1.° de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Colfondos S.A.; (iii) que el 1.° de julio de 1995 se trasladó a Colpatria, hoy Porvenir S.A (expediente digital, archivo17, pdf. 90).

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 del actor 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.° 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 Sala de Casación Laboral de 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, el actor suscribió formulario de afiliación para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. el **29 de septiembre de 1994**, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

En ese contexto, Colfondos S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado 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 suscrito por el actor, 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 cambió 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.

Ahora, no puede sostenerse que al haber realizado el afiliado 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.

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,

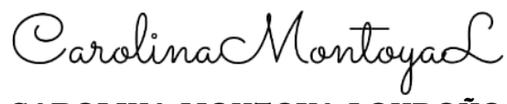
VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia en su integridad

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A Inclúyase como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV ($1.160.000) a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada
Salvo voto frente a costas de COLPENSIONES en primera instancia

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-011202200046 -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 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