



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105 00220200036301
DEMANDANTE	RODNEY MIGUEL BERROCAL CANABAL
DEMANDADO	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO	Grado jurisdiccional de consulta
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve el grado jurisdiccional de consulta en favor de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Cali el 12 de abril de 2023, en el proceso que **RODNEY MIGUEL BERROCAL CANABAL** instauró en contra de **COLPENSIONES** y de la AFP **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES



Rodney Miguel Berrocal Canabal solicitó que se declare la «ineficacia» y su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS– administrado por Protección S.A. En consecuencia, solicitó se ordene su retorno al régimen de prima media administrado por Colpensiones y se trasladen a esta última todos los valores de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos. Finalmente se condene a las convocadas al pago de gastos, costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 13 de diciembre de 1960. Que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde febrero de 1997 a mayo de 2003 recaudando 184.57 semanas, y que en junio de 2003 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A.

Señaló que, al momento del traslado Protección S.A. nunca le informó sobre las ventajas, desventajas y características de ambos regímenes. Sostuvo que cuenta con un total de 1.089 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Refirió que el 5 de octubre de 2020 presentó solicitud de afiliación a Colpensiones, petición que fue rechazada por encontrarse a menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el RPM. El 11 de marzo de 2020 solicitó a Protección S.A. documentos correspondientes a su afiliación, el 13 de abril de 2020 Protección S.A. responde la petición remitiendo copia del formulario de afiliación y una proyección pensional. Sin embargo, sobre la asesoría brindada adujo que esta se dio de manera verbal. (Expediente digital, archivo 03 Pdfs 1 a 18)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la



solicitud presentada a la entidad y la respuesta negativa a la misma. Indicó que la fecha de afiliación efectiva del demandante a Protección S.A. fue el 1.º de febrero de 2002, que dicho traslado fue realizado de manera libre y voluntaria. Que el afiliado recibió una asesoría profesional y ética pues los asesores contaban con un instructivo o guía para explicar de forma clara y comprensible las características del RAIS para que el afiliado tomara una decisión consciente. Indicó que actualmente el demandante cuenta con 1165 semanas cotizadas. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«validez de la afiliación del actor a protección; ratificación de la afiliación del actor 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 16, pdfs 2 a 14).

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento del actor, sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, la petición que formuló a la entidad y la respuesta negativa a la misma. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito de *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción»* (Expediente digital, archivo 20, pdfs 3 a 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



La Juez Segunda Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia del 12 de abril de 2023, decidió declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Asimismo, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a Protección S.A. y ordenó a Colpensiones E.I.C.E a aceptar el regreso del actor al régimen de prima media con prestación definida y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Finalmente, condenó en costas a las vencidas en juicio (Expediente digital, archivo 25).

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si era procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, con fundamento en la falta de información al momento del traslado y, en caso afirmativo, las consecuencias de esta declaración.

Para tal efecto, indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información antes de efectuar el traslado, a fin de que los afiliados puedan conocer, no solo los beneficios del régimen privado, sino también la eventual proyección pensional en ambos regímenes, a efectos de establecer cuál de los dos les resulta más conveniente. Asimismo, precisó que el deber de información es una obligación a cargo de las AFP desde su creación y que ha evolucionado con el tiempo.

Destacó que el simple consentimiento expuesto en el formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información antes referido y reiteró que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, por cuanto es el fondo privado el llamado a demostrar que suministro la información en los términos previstos por la jurisprudencia.

Mencionó que la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia el regreso automático al RPM y surge la obligación



a cargo de la AFP de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación.

En el caso concreto, sostuvo que el demandante suscribió el formulario de afiliación; sin embargo, el fondo demandado no aportó prueba de haber cumplido con el deber de brindar ilustración completa y comprensible sobre los beneficios y limitaciones producto del traslado al RAIS. Por tanto, declaró la ineficacia del traslado y ordenó trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que hubieren ingresado durante el periodo de afiliación.

Las partes no apelaron la decisión de primer grado por lo que se remitió el proceso al Tribunal para que se resolviera en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido condenada dentro de la sentencia de primera instancia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 31 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022. Dentro del término de traslado Colpensiones presentó alegatos de conclusión. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de COLPENSIONES.

VI. CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el grado jurisdiccional de



consulta en favor de COLPENSIONES, esta sala se centrará en resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor RODNEY BERROCAL al RAIS administrado por PROTECCIÓN; **(ii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si es necesario adicionar la condena en cuanto a los rubros impuestos.

Con tal propósito, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) el demandante nació el 13 de diciembre de 1960 (ii) que estuvo inicialmente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y (iii) que el 1.º de abril de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por ING hoy Protección S.A. (expediente Digital, archivo 14, 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 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 de pensiones del sector privado, 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 plasma



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, 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.

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, tales como, «de forma libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe *«y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante



puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

Por tanto, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

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. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje



destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

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

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING hoy Protección S.A. el **1.º de abril de 2002**, 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.

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

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



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

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

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

VII. DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar el numeral 4.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos financieros, los bonos pensionales si a ello hay lugar, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, cuentas de rezagos si las hay, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia de primer grado en lo demás.

TERCERO: sin **Costas** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a costas a COLPENSIONES en primera instancia.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-002-2020-00363-01

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). Realmente, a COLPENSIONES se le impone recibir a esas personas de nuevo en el RPMD, por tanto, ni siquiera ha sido estrictamente vencida en juicio, al declararse la INEFICACIA de la afiliación al RAIS se retrotraen las cosas a su estado anterior, y ello tiene la consecuencia de devolver esos afiliados al RPM, es más una imposición que una condena.

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