

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FANNY POLANIA VANEGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00544 Juz. 38.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

FANNY POLANIA VANEGAS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Nació el 25 de julio de 1961. El 1 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR, momento en el que se omitió registrar en el formulario de afiliación la firma del empleador, además no se le brindó la información clara, completa y oportuna sobre el RAIS, cotizó un total de 1487 semanas entre los dos regímenes. La AFP Porvenir le realizó una simulación pensional en la que se proyectó una mesada de \$1.708.700 de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, una vez efectuados los cálculos concluyó que en el RAIS su pensión sería inferior a aquella que se le hubiese reconocido en el RPM toda vez que esta sería equivalente a la suma de \$6.154.424, suma ostensiblemente superior a la indicada por la AFP. El 22 de junio de 2019, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, petición a la cual no se accedió.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 65 a 72.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado, la fecha de nacimiento y la simulación pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas y buena fe.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 92 a 115.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha del traslado al RAIS, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a las demandadas. Llegó a esa determinación al considerar que el traslado de régimen pensional del demandante efectuado el 1 de agosto de 1994 fue libre y voluntario, conforme la normatividad aplicable para el momento del traslado de régimen. Indicó que no se probó la inexistencia de vicios del consentimiento que conllevara a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que no es suficiente el dicho de la demandante al alegar la falta de información por parte de la AFP, lo cual tiene que ser demostrada por quien reclama la nulidad del traslado de régimen pensional, en este caso POLANIA VANEGAS. Resaltó que el consentimiento fue informado y plasmado por la actora en el formulario de afiliación, documento que encontró ajustado a lo establecido por la Ley. Indicó que la promotora del proceso, confesó en su declaración juramentada que le efectuaron una proyección pensional por lo que se entiende que conocía de las características del RAIS y que al momento del traslado pudo prever las consecuencias que le acarrearía el mismo. Adujo que la demandante cuando se vinculó con Horizonte, no contaba con una expectativa legítima, tampoco un derecho consolidado para que fuese necesario efectuarle un cálculo pensional, aunado a que el único interés de la accionante para retornar al RPM es económico lo que en palabras de la SL CSJ generaría una

descapitalización del fondo común que administra Colpensiones. Señaló que la jurisprudencia no es de aplicación automática y que se requiere que exista un perjuicio irremediable para que la falta al deber de información sea la razón para declarar la nulidad del traslado, perjuicio que no fue demostrado por la demandante, y por estas razones se relevó del estudio de las excepciones propuestas.

### **Recurso de Apelación**

Solicita se revoque la decisión, como quiera que el A quo desconoció el deber de información que recae sobre las AFP según lo señalado por la CSJ en sentencia 19447/17, por lo que no es dable imponerle a la demandante la carga probatoria respecto a la insuficiencia de la información y asesoría de las demandadas. Manifestó que quien debe acreditarse el consentimiento informado de la afiliada es la AFP lo cual no ocurrió porque no brindó una debida asesoría. Indicó que el Juez no analizó las circunstancias desde el traslado y durante la vinculación de la actora como quiera que en el transcurso de la afiliación a la AFP POLANIA VANEGAS devengó un salario variable y acreditaba 989 semanas cotizadas, por lo que era responsabilidad de la administradora tener en cuenta dicha información para asesorar a la potencial afiliada de la forma más adecuada, máxime cuando es Porvenir quien debe garantizar siempre el cumplimiento al deber de información ya que es la entidad especializada y encargada de la administración de los recursos pensionales de la demandante aunado al hecho a que es la AFP quien debe probar que suministró la información suficiente para que el traslado de régimen pensional hubiese sido libre y voluntario, situación que tampoco se acreditó en el proceso, dado que si no se ponen de presente desde el momento del cambio de régimen todas las características y consecuencias que acarrea tal decisión tal falencia demuestra la falta de consejo y asesoría por parte de la AFP.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Manifiesta que Porvenir no acreditó que se haya brindado la información clara, oportuna y veraz al momento de realizar el traslado de régimen pensional, evito instruir mejor a la usuaria y la hizo incurrir en un error, sostiene que la carga de la prueba en este caso recae en la AFP que debe acreditar que cumplió con los presupuestos establecidos en estos casos, trae a colación sentencia 54814 del 14 de noviembre de 2018 e indica que POLANIA VANEGAS actuó de buena fe, principio quebrantado por la demandada.

**Parte demandada - PORVENIR:** Manifiesta que no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen, que no es posible declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la ley 100 del 93 por el principio de inescindibilidad de las normas, el cual impide acudir de forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que no se cumplió ningún presupuesto legal ni tampoco resultaron demostrados en razón a que el formulario de

afiliación suscrito por POLANIA VANEGAS se presume autentico, el cual sostiene que la selección fue libre, espontánea y sin presiones por lo que, no es posible desconocerlo. Señala que en el caso de que se llegue a considerar que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, la Ley 100 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, trayendo a colación también conceptos de la Superintendencia financiera en los cuales se resume la finalidad de sumas como los gastos de administración y primas de seguros. Reitera que no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar una ineficacia del acto jurídico o una nulidad absoluta del traslado por haber cumplido con la carga probatoria de acreditar que suministró información objetiva y suficiente al momento de la vinculación como se acredita con el formulario de afiliación que se presume autentico, aunado a que POLANIA VANEGAS duro más de 26 años en el régimen de ahorro individual, lo cual, valorado en conjunto, da plena validez del traslado objeto de debate.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

#### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 11, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 22 de junio de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

#### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A (fl. 10) al cual se trasladó desde el 1 de agosto de 1994. Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión HORIZONTE hoy PORVENIR SA, no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen y tampoco analizó su situación al momento del traslado, para que su vinculación a la AFP hubiese sido libre y voluntaria.

Al respecto, si bien la demandante el 1 de agosto de 1994 (fl. 10), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que

consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por POLANIA VANEGAS, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido que no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, pues tal como lo ha señalado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la SL CSJ, las afirmaciones consignadas en tal documento no acreditan un consentimiento informado (SL3537-2021, SL2946-2021 entre otras). Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente. Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso HORIZONTE hoy PORVENIR), pues cuando

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, pues es la AFP la entidad especializada y quién administra los recursos pensionales de la actora, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo refirió el A quo.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación, pues la AFP manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante la información necesaria donde le explicaba los beneficios del régimen, el cual según el Juez se logró determinar con la declaración extrajuicio y el interrogatorio de parte, no obstante, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información brindada pues es la administradora quien deben garantizar el cumplimiento al deber de información al momento del traslado y si adicionalmente a esa exposición le suministró a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión, ya que resulta insuficiente el argumento consistente en que como la actora en su declaración manifestó que le fue efectuada una "proyección a futuro", eso bastara para concluir que la información se suministró en debida forma al punto de que la demandante lograra comprender los alcances de su decisión, pues de haber ocurrido de esa manera y de haberse contado con información verídica y necesaria GARCIA HERRERA no estaría alegando en este momento el engaño que sobrellevó por parte

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

de Horizonte en la asesoría prestada lo cual incide directamente en el monto de su mesada pensional. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó con el tiempo de permanencia por más de 24 años en el RAIS, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber **siempre** ha existido (SL1452-2019), pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Ahora, si bien POLANIA VANEGAS mencionó en su interrogatorio de parte algunas características del RAIS y afirmó que efectuó aportes voluntarios en aras de obtener un beneficio tributario, lo cierto es que estas circunstancias no demuestran que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones que le acarrearía el traslado de régimen pensional, pues solo hasta el momento que alcanzó el requisito de edad, conoció de las verdaderas consecuencias que le había generado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudiera a efectuar la respectiva proyección que mencionó en su declaración, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa, insuficiente y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de la trabajadora quizás hubiese sido distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) como lo manifestó la recurrente, pues nada tiene que ver si la afiliada cuenta o no con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que POLANIA VANEGAS no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual efectuada el 1 de

agosto de 1994 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl.10) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Por lo tanto y como quiera que actualmente la parte actora se encuentra vinculada con PORVENIR S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales 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 y los gastos de administración tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*"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."*

De otra parte es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Bajo los anteriores razonamientos, se **REVOCA** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Revóquense las de primera instancia las cuales quedarán a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

## RESUELVE

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2020, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **FANNY POLANIA VANEGAS** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 1 de agosto de 1994 con destino a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la entidad demandada **PORVENIR S.A.** como actual administradora de la actora a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. - COSTAS:** Revóquense las de primera instancia las cuales quedarán a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas en esta instancia.

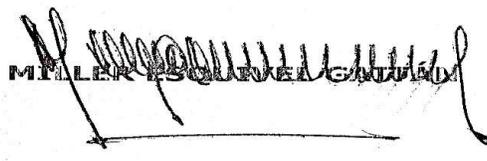
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITANIN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMPO ELÍAS VIRACACHA MORALES  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES  
Rad. 2019 – 00303 Juz. 38.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

CAMPO ELÍAS VIRACACHA MORALES demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2.

- Incremento por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.

Los hechos de la demanda se describen a folio 1. El demandante contrajo matrimonio con CONCEPCIÓN MUÑOZ DE VIRACACHA el 24 de diciembre de 1973. MUÑOZ DE VIRACACHA no cuenta con ninguna prestación económica para su sustento y depende económicamente de él. El ISS hoy Colpensiones en Resolución 030118 de 2006 reconoció pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del 07 de mayo de 2006. El 30 de mayo de 2017 agotó la reclamación administrativa sin que se accediera a lo pretendido.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 18 a 26.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó el reconocimiento pensional bajo los parámetros del Decreto 758/90, la reclamación administrativa y el no reconocimiento del incremento deprecado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de las pretensiones. Llegó a esa determinación al aplicar lo previsto en la sentencia de unificación SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional. Manifestó que, pese a que el demandante acreditó los requisitos del art. 21 del acuerdo 049/90, los incrementos perseguidos fueron derogados de manera orgánica por lo que no es dable su reconocimiento, como quiera que a el actor le fue reconocido su derecho pensional hasta el año 2006, momento en el que los incrementos pensionales pretendidos ya no se encontraban vigentes en virtud de la expedición de la Ley 100/93. Se relevó del estudio de las excepciones propuestas dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de Apelación**

**El demandante;** Pide no se aplique la sentencia SU 140/19 proferida por la Corte Constitucional, como quiera que para el momento del reconocimiento pensional tales incrementos eran reconocidos por la SL CSJ con fundamento en el Acuerdo 049/90, indica que respecto a los incrementos deprecados no opera el fenómeno prescriptivo, dado que es acreedor de los mismos desde el 07 de mayo de 2006, data en la cual le fue reconocida la pensión de vejez, por lo que a los pensionados se les debe mantener las prerrogativas descritas en el artículo 21 del Decreto 758/90. En consecuencia, solicita

se revoque la decisión y se le reconozca los intereses moratorios contemplados en la Ley 100/93, la indexación de tales sumas y se condene en costas a la demandada.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante;** No presentó alegatos dentro de la oportunidad señalada.

La demandada **COLPENSIONES;** guardó silencio en esta etapa procesal.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si le asiste derecho al reconocimiento de los incrementos deprecados.

#### **Reclamación Administrativa.**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 30 de julio de 2017 (fl. 12) en la que se solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S. La Sala precisa aclarar que las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de los intereses moratorios, el retroactivo y la indexación dependen de la prosperidad del incremento pensional por personas a cargo deprecado.

#### **Status de pensionado.**

No se controvierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 7 de mayo de 1946 (fl. 6) luego para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 48 años de edad, por lo que la prestación fue reconocida en Resolución No. 030118 de 2006 (fls. 5 y 6) bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición, a partir del 7 de mayo de 2006 en cuantía de \$408.000 con base en 985 semanas.

### **Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales.**

Frente al particular La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional. No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política<sup>1</sup>, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrará a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

---

<sup>1</sup> *"De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.*

*En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.*

*Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"*

En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida mediante Resolución No. 030118 de 2006 (fls. 5 y 6) a partir del 7 de mayo de ese año por haber cotizado 985 semanas y haber cumplido los 60 años de edad el día 7 de mayo de ese año, razón por la cual se concluye que fue solo a partir de esta última fecha que acreditó todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, data para cual ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 que consagraba los precitados incrementos y por tanto hace inviable su aplicación. Ahora, respecto a la prescripción que considera el recurrente no debe ser aplicada a los incrementos pretendidos, es preciso recordar que la H. Corte Constitucional en la sentencia ya citada, ha expresado que la figura de la prescripción consagrada en los artículos 151 del CPTSS y el 488 del CST, no opera en el presente asunto, pues ante la inexistencia del derecho a los incrementos consagrados en el art. 21 del Decreto 758/90, no existe derecho susceptible de prescripción. En consecuencia, al despacharse desfavorablemente los incrementos deprecados, y lo accesorio seguir la suerte de lo principal, las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de los intereses moratorios y la indexación, correrán con la misma consecuencia.

Bajo estos argumentos, La Sala **CONFIRMA** la decisión recurrida.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos M/CTE (\$500.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de septiembre de 2020 por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos M/CTE (\$500.000) como agencias en derecho.

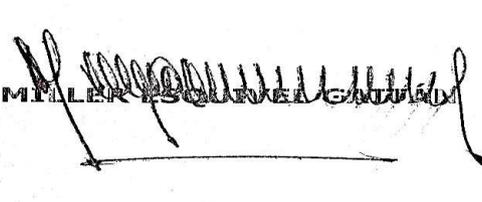
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GANTÁN