TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 029

Audiencia número:331

En Santiago de Cali, a los veinticuatro (24) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 113 del 22 de noviembre de 2021 de proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por JAIME RIASCOS contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial del actor al presentar alegatos de conclusión reitera los puntos de censura que formuló contra la providencia de primera instancia, esto es, el retroactivo pensional desde el 02 de octubre de 2021, porque el demandante cumplió los requisitos para adquirir la pensión de vejez el 22 de noviembre de 2019, donde además con la reclamación que elevó a la demandada se demuestra el interés de adquirir esa prestación.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0284

Pretende el demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado y afiliación que hizo del régimen de prima media al Colfondos, el que estuvo mediado de error, por lo tanto, está viciado de nulidad. En consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. Además, se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez e intereses moratorios.

En sustento de esas peticiones, anuncia el actor que nació el 22 de noviembre de 1957. Inicia su vinculación laboral el 23 de julio de 1987, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales y luego se trasladó para Colfondos. Presentando un total de 1404 semanas cotizadas hasta el mes de agosto de 2019.

Que solicitó a Colfondos S.A. que le hiciera una proyección pensional y en respuesta del 28 de octubre de 2019, le expone que la mesada pensional sería la estipulada como garantía de pensión mínima, es decir, el salario mínimo, por no acreditar el monto de dinero adecuado y requerido para una mesada pensional en suma superior.

Que el 17 de mayo de 1994, cuando hace el cambio de régimen pensional, el promotor de Colfondos S.A. solo le ofreció ventajas, como rendimientos financieros superiores e indicándole sobre la posible quiebra del fondo privado y préstamos a tasas preferenciales. Que incumplió esa entidad con el deber de proporcionarle una información veraz y completa, respecto a las consecuencias negativas que tendría esa mutación de régimen, en especial, el monto de la mesada pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Interviene la delegada del Ministerio Público quien realiza un recuento normativo sobre los regímenes pensionales y precedentes jurisprudenciales. Considerando que corresponde a las administradoras del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual probar que en el proceso de traslado que hizo el actor, cumplieron con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los

requisitos legales y los parámetros jurisprudenciales que determinen la eficacia del traslado de régimen pensional. Solicita la exoneración de costas a cargo de Colpensiones.

La mandataria judicial de Colfondos S.A se opone al petitum demandatorio, porque esa entidad si le brindó al actor una asesoría integral y completa sobre las consecuencias que generaba el cambio de régimen pensional, proceso que se dio de conformidad con la norma vigente en su momento, que era el Decreto 692 e 1994. Por lo tanto, es un acto válido. Propone las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción, compensación y pago.

La apoderada de Colpensiones opone a las pretensiones porque no están dirigidas contra esa entidad, pero que teniendo en cuenta los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logra si quiere inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento que medio. Que debe tenerse encuentra que el traslado de régimen pensional no se puede hacer en cualquier tiempo como lo dispone el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.

El presente proceso fue remitido al Juzgado Diecinueve en cumplimiento del Acuerdo CSJVAA21-20 (pdf. 19)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial:

1. Declara no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

2. Declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a Colfondos S.A, y oficiosamente probada frente al Ministerio de Hacienda frente a la pretensión del reconocimiento del derecho pensional.

3. Declara no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones encaminadas a desconocer la pretensión del reconocimiento pensional del actor.

4. Declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante el 17 de mayo de 1994, por lo que deberá quedar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

5. Condena a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que en término impostergable de 30 días contados a partir de la notificación de esa providencia, proceda a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados a la fecha de pago y los gastos de administración previstos en el literal g) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, éste último rubro proporcionalmente al tiempo que permaneció afiliado en demandante al régimen de ahorro individual.

6. Ordenar a Colpensiones que reciba la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, incluyendo la totalidad de los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual.

7. Condena a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez, fijando como cuantía inicial la suma de $1.838.111, a partir del 02 de octubre de 2021, debiendo pagar 13 mesadas anuales e incrementos como lo ordene el Gobierno Nacional.

8. Condena a Colpensiones a pagar a la ejecutoria de esa providencia las sumas retroactivas pensionales causadas desde el 02 de octubre de 2021 y hasta la fecha en que se reconozca la pensión de veje4z, valores que deberán ser cancelados debidamente indexados.

9. Autorizar a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional los aportes al sistema de seguridad social en salud.

10. Condena a Colfondos S.A. a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, una vez ejecutoriada la providencia, sobre las mesadas retroactivas que se causen y hasta que se verifique el pago.

Para arribar a la anterior conclusión, el A quo consideró que había lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de régimen de ahorro individual al no haber desplegado las administradoras de pensiones que administran el RAIS, convocadas al proceso, la acreditación de haber brindado al actor una información completa, comprensible sobre las características de cada régimen pensional, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales que cita.

En relación con la pensión de vejez, expresa el A quo que al haberse realizado el traslado del actor al régimen de prima media y se demostró el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de esa prestación de conformidad con la Ley 797 de 2003, el 22 de noviembre de 2019, cuando cumple 62 años de edad, data para la cual ya tenía 1300 semanas, pero para el disfrute se toma hasta la fecha en que el actor laboró fue lo fue el 02 de octubre de 2021. Calcula el valor de la mesada pensional atendiendo el IBL más favorable. En cuanto a los intereses moratorios, se debe tener en cuenta el vencimiento del plazo y se ordena a Colfondos S.A. a título de perjuicios, por haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional, y esa sanción no tiene que asumirla Colpensiones. Intereses que ordenan sean pagados a la ejecutoria de esa sentencia.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora disiente en cuanto a la fecha de causación y disfrute de la pensión, considerando que es merecedor de un retroactivo, porque al causarse la pensión, no hubo retiro porque requería del trabajo para sostener su familia. La fecha de causación es cuando cumple la edad y ya tenía sus semanas, donde no es necesario la desvinculación, sino que es necesario demostrar la intencionalidad del reconocimiento de la pensión, petición que se elevó 05 de diciembre de 2019, por lo tanto, reclama que el retroactivo sea desde esta data.

Colfondos S.A. censura la sentencia, pretendiendo la declaratorio de las excepciones de fondo, revocándose así la providencia porque el traslado se hizo con el lleno de los requisitos legales y no hay motivo para declarar la nulidad. Además, que no se ordene la devolución de

los gastos de administración, porque ésta es la que se cobra por la administración de los recursos, y pago de seguros previsionales, descuentos debidamente autorizados y opera para ambos regímenes pensionales. Tampoco es procedente trasferir el bono pensional, lo que procede es el saldo de la cuenta con sus rendimientos, porque los fondos de pensiones no emiten los bonos pensionales, porque esto compete al Ministerio de Hacienda. Tampoco las sumas adicionales, porque son sumas reconocidas por las aseguradoras. Que de accederse a la devolución de esos conceptos se causa un detrimento a la entidad demandada y un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones. Considera que tampoco proceden los intereses moratorios, porque no son de recibo, porque esa entidad ha actuado de buena fe y que solo se causan en el caso de mora en el pago de la mesada pensional, y en este caso solo se ha discutido el traslado del régimen pensional y que no se condena en costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Entra la Sala a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta ineficaz y de ser afirmativa la respuesta, se analizará que rublos se deben trasferir al régimen de prima media. De otro lado, se determinará si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la administradora del régimen de prima media y a partir de que data se debe ordenar su disfrute. Igualmente, se definirá si son procedentes los intereses moratorios y que entidad debe asumirlos. Por último, si es procedente o no la condena en costas impuesta a la parte pasiva.

Dentro del material probatorio, se encuentra la historia laboral que lleva Colpensiones, donde nos informa que el actor cotizó desde el 23 de julio de 1987 al 31 de mayo de 1994, para un total de 271.29 (pdf. 21 fl. 4). Igualmente, Colfondos S.A. allegó copia del formulario diligenciado por el actor ante esa entidad

Es de recordar que nuestro Sistema de seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100 de 1993). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la Constitución Política y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *"debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse"* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales

manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2019, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

> *“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor[1] o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, el diligenciamiento del formulario, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte de la promotora de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

"Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre…"

En el proceso en curso, omitió la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplió con el deber de haberle brindado a el demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional.

Con respecto a la orden dada a la administradora de pensiones demandada, a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

> *"Ahora bien, 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 de 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…."*
>
> *"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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos 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 (SL 4964 de 2018,4989 de 2018, 1421 de 2019,1688 de 2019)*

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Como lo ha precisado nuestro órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se 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, 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."

Frente a la devolución de aportes, resulta imperioso remitirnos igualmente a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2601 de 2021 en la que se reitera el pronunciamiento expuesto en providencia SL2877-2020, en la que preciso que la devolución de aportes, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, como lo ordenó el operador judicial, pero será necesaria la adición de la sentencia para que se ordene que los emolumentos a devolver estén discriminados, indicándose los valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

PENSION DE VEJEZ

Precisamente, ante la nulidad del traslado de régimen pensional, conlleva a que el demandante regrese al régimen de prima media con prestación definida y ante la solicitud de la pensión de vejez, que el demandante reclama de la administradora del régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES,

El A quo considero que al actor le asiste el derecho pensional bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, decisión que no fue objeto de censura, por lo tanto, se mantiene.

Establece el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como requisitos para adquirir la pensión de vejez, los siguientes, que revisaremos, si se acreditan en el plenario:

1. Edad de 62 años para los hombres: presupuesto que se acredita con la copia de la cédula de ciudadanía, documento que indica que el actor nació el 22 de noviembre de 1957, (pdf. 02 fl. 3). Por lo tanto, la edad requerida la cumplió el mismo día y mes del año 2019
2. Acreditar un mínimo de 1300 semanas cotizadas. Requisito que igualmente se encuentra satisfecho y probado con la historia laboral que aportó Colfondos, donde indica que tiene 1354.29 semanas cotizadas (pdf. 02 fl.13)

Encontrando así la Sala que le asiste el derecho al actor del reconocimiento de la pensión de vejez, a cargo de COLPENSIONES, ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

El punto de controversia, gira en determinar desde cuando se disfrutará la pensión de vejez, dado que para la A quo, se toma desde el último día en que el actor prestó sus servicios, mientras la parte actora en los argumentos presentados aduce que ese reconocimiento debe ser desde el que se hizo la reclamación, porque así se demuestra la intención de pensionarse, data para la cual ya tenía los requisitos legales.

Para dar respuesta a esa controversia, recordamos que si bien la pensión de vejez se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, para su disfrute, en caso de trabajadores de empresas privadas, se requiere la desafiliación definitiva del sistema, ya que sólo a partir de dicho hecho, el asegurado comienza a recibir la prestación, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establecen:

> *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma"* y *"Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso para que pueda entra a disfrutar de la pensión…"*

Del mismo modo nuestro órgano de cierre en Sentencia del 15 de mayo de 2012, Rad. 37798, en donde trajo a colación lo expuesto en la sentencia con Rad. 38558, en las cuales se resaltan que la causación y disfrute de la pensión, resultan ser dos figuras que no deben confundirse, pues la primera se configura cuando se reúnen los requisitos establecidos en la Ley para acceder a ella; y la segunda, parte de la base del cumplimiento de la primera y opera cuando se solicita el reconocimiento de la pensión ante la administradora de pensiones, previa desafiliación de los seguros de invalidez, vejez y muerte, caso en el cual se otorgaría tal prestación y el beneficiario entraría a gozar de ella.

Ahora bien, la regla expuesta en la norma en cita para entrar a disfrutar de la prestación económica de vejez no resulta absoluta, por lo que se impone analizar en cada caso la situación particular del afiliado, pues la misma puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, tal y como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, reiterada en la SL 8497 del 2 de julio de 2014 y en la SL 12863 del 23 de agosto de 2017, en donde en esta última, la alta Corporación concluyó:

> *"Si bien la sala sigue considerando como regla general que para que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de conformidad con los artículos 13 y 35 de Acuerdo 49 de 1990, debe estar desvinculado del sistema, existen situaciones específicas, como quedó dicho, que ameritan reflexiones particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, sin que ello comporte una "transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica", tal como se indicó en Sentencia CSJ SL5603-2016"*
>
> (…)
>
> *"Visto lo anterior, resulta claro que en cada caso particular le corresponde al juzgador analizar si se presentan condiciones especiales que rodeen la causación del derecho pensional, a fin de determinar si el asunto se debe resolverse conforme a la regla general, o si amerita análisis especial, siempre en búsqueda de que la norma produzca un efecto más benéfico al trabajador en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política."*

Así mismo, el artículo 17 inicial de la Ley 100 de 1993, igualmente ilustra al respecto, pues dispone la cesación de la obligación de cotizar para el afiliado que reúne los requisitos de la pensión de vejez, o cuando se pensione anticipadamente.

Descendiendo nuevamente al caso en estudio, es claro que la causación de la pensión fue el 29 de noviembre de 2019, dada en que el actor ya tenía más de 1300 semanas cotizada, porque de acuerdo con la historia laboral que milita a folios 13 del pdf 02), tiene 1354 semanas al mes de agosto de 2019. Pero en la historia laboral que aporta la demandada, se observa que la última cotización corresponde al mes de febrero de 2021 (pdf. 16 fl. 119). Por lo tanto, el disfrute de la pensión será a partir del **01 de marzo de 2021**, esto es, al día siguiente de la última cotización, lo que conllevará a modificar la sentencia de primera instancia.

No se atiende la solicitud de la parte actora, en el sentido de que se ordene el pago de esa prestación a partir del 05 de diciembre de 2019, porque el desconocimiento de la prestación no fue por falta de semanas, por lo tanto, no se hizo incurrir en error al actor, sino que la voluntad de éste fue cotizar hasta febrero de 2021.

El A quo realizó la cuantificación del valor de la mesada pensional, pero considera la Sala que aún no se pueden hacer esas operaciones matemáticas, a efectos de determinar el valor de la mesada, toda vez que es necesario que una vez COLFONDOS S.A. traslade todas los aportes con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, y que la administradora del régimen de prima media, actualice la historia laboral, cargue los valores correspondiente al ingreso base de cotización, toda vez que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, dispone que en el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quedando claro que la normatividad estableció una diferenciación en lo que respecta a la tasa de cotización y su distribución; que, al regresar la actora al régimen de prima media con prestación definida, se debe contabilizar el ingreso base de cotización sobre el 10.5% y no sobre el 10% que ha realizó la administradora del régimen de ahorro

individual, porcentaje que tiene efectos al momento de determinar el monto de la mesada pensional.

Para la exigibilidad de la obligación impuestas a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto, COLFONDOS S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y gastos de administración en un término de UN MES contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, discriminados como se ordenó en líneas anteriores y COLPENSIONES, contará con UN MES para actualizar la historia laboral y liquidar el valor de la mesada pensional. Tiempo que se empieza a contabilizar desde el momento en que Colfondos S.A. transfiera los aportes, rendimientos y gastos de administración, debiendo además las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, informar al demandante, cuanto capital traslada a COLPENSIONES y la data precisa en que cumple con ese deber.

COLPENSIONES, deberá hacer la liquidación del valor de la mesada pensional, ajustando a las fórmulas dispuestas en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable. Además de deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100 de 1993, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que el derecho pensional se reconoce desde el 01 de marzo de 2021 y la presente demanda fue presentada el 06 de febrero de 2020 (pdf 04), es decir, se presenta la acción, pero el demandante continuo cotizando, por consiguiente no ha operado el fenómeno prescriptivo de que trata el artículo 151 el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que conllevan a declarar no probada la excepción de prescripción, como acertadamente lo determinó el A quo.

La prestación que está a cargo de COLPENSIONES, que le reconocerá de manera retroactiva a partir del 01 de marzo de 2021, a razón de 13 mesadas anuales y ese retroactivo será cancelado de manera indexada, y de éste, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, se harán los descuentos por aportes en salud, lo que conllevarán a modificar la sentencia de primera instancia.

En cuanto al reproche que hace Colfondos S.A. sobre la condena impuesta por intereses moratorios, donde el operador judicial los impone a título de perjuicios. Consideración que la Sala no comparte, porque lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 del 2021, en la hace la distinción entre afiliado y pensionado, ya que el efecto de la ineficacia es volver al estado anterior, en el caso de los pensionados ya había una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no era razonable revertir o retrotraer, porque podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídica e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. Considerando el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral que, en ese evento, el pensionado sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión.

Retomando al caso que nos ocupa, el actor aún conserva la calidad de afiliado, por lo tanto, no tiene una situación jurídica consolidada y no ha sufrido aún perjuicio alguno. De otro lado, los intereses moratorios surgen por el reconocimiento y pago oportuno de la prestación, obligación que está a cargo de Colpensiones, no pudiéndose impone esa sanción a una entidad a la que no le corresponde el reconocimiento de la prestación.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora como alegatos de conclusión.

Costa esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor del demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia número 113 emitida el 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el siguiente sentido:

A) CONDENAR a COLFONDOS S.A. para que, en el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia, los que deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Además, informará al demandante, cuanto capital traslada a COLPENSIONES y la data precisa en que cumple con ese deber.

B) COLPENSIONES, contará con UN MES para actualizar la historia laboral y liquidar el valor de la mesada pensional. Tiempo que se empieza a contabilizar desde el momento en que Colfondos S.A. transfiera los rublos indicados en la providencia de primera instancia,

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral séptimo y revocar el numeral octavo de la sentencia número113 emitida el 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar:

a) CONDENAR a la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor JAIME RIASCOS a partir del 01 de marzo de 2021, mesadas que cancelará debidamente indexadas al momento del cumplimiento de esta obligación.

b) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida, para que liquide el valor de la mesada pensional del señor JAIME RIASCOS aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más

favorable. Además de deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100 de 1993, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

TERCERO: REVOCAR el numeral décimo de la sentencia número113 emitida el 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. de los intereses moratorios ordenados en primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 113 emitida el 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor del demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado a las partes por Edicto.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

J

ORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado
Rad. 017-2020-00088-01