TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA

SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ACTA No. 15 DE 2021

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELLEN RAMÍREZ UESSELER CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS No. RAD: 41001-31-05-002-2018-00558-01

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escrita, a proferir la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante, se declare la ineficacia o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, y que como consecuencia, se ordene el reintegro al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, con la totalidad de los valores que

hubiere recibido por aportes para efectos de la pensión. Así como a la condena de costas y agencias en derecho. Adicionalmente, reclama le sea reconocida la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de marzo de 2018, junto con los intereses moratorios y/o indexación correspondiente (fls. 53 al 64).

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que fue afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social-Cajanal desde el año 1980; que el 13 de mayo de 1994 efectuó traslado de régimen pensional, en esta oportunidad a la AFP Colfondos S.A., y que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición.

Señaló, que el asesor de la AFP demandada no le suministró de forma verbal ni escrita las consecuencias que podría tener en su derecho pensional el traslado de régimen; que el 8 de mayo de 2018, Colfondos S.A., le realizó la liquidación de la mesada pensional por vejez efectiva a partir de los 61 años, en cuantía de $1.617.353, que es inferior a la que obtendría por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Refirió, que el 5 de octubre de 2018, elevó solicitud de ineficacia o nulidad del traslado tanto a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones como a la AFP Colfondos S.A, petición que es desatada desfavorablemente por las llamadas a juicio.

Al descorrer el traslado de la demanda las entidades que conforman la parte pasiva se opusieron a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena interpuestas en su contra (fls. 104 a 115 y 133 a 158).

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 30 de septiembre de 2019 (fls. 213), declaró infundados los medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio; declaró la nulidad por ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP demandada; condenó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones de manera indexada la totalidad de los ahorros que reposan en la cuenta de la actora junto con sus rendimientos, gastos de administración e

información, como si nunca hubiese estado desafiliada al régimen solidario de Prima media con prestación definida; ordenó a Colpensiones aceptar dicho traslado y declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de Colpensiones de su pensión de vejez conforme con el acuerdo 049 y decreto 758 de 1990, así mismo condenó en costas a las convocadas.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos.

Solicitan las entidades demandadas, se revoque la sentencia impugnada en cuanto declaró la nulidad de la afiliación y ordenó la devolución de los aportes del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, por su parte, la actora apeló parcialmente el fallo respecto a las pretensiones que le fueron denegadas.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación, para lo cual solicita se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para el efecto sostiene que la determinación del ingreso base de liquidación, al cual refiere debió aplicarse el IPC de 3.18% fijado para el año de 2019, así mismo, solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de las mesadas pensionales adeudadas conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLFONDOS S.A.

La apoderada de Colfondos, alega que no puede hablarse de negaciones indefinidas y trasladar la carga de la prueba a la entidad que representa, pues la demanda y las pruebas dan cuenta de hechos susceptibles de comprobación, como lo es, la solicitud de afiliación del 13 de mayo de 1994 con número 093028 en la cual se puede evidenciar fácilmente que la demandante para esa época ejercía un cargo ejecutivo de cuentas, en el propio Colfondos S.A., lo que ayuda a determinar con facilidad que la señora Ellen Ramírez tenía el grado de ilustración suficiente que le permitía conocer las implicaciones del cambio de régimen pensional. Que la nulidad derivada de los

vicios del consentimiento en el acto de afiliación es susceptible de prescripción, y que trascurrió en el presente caso un término superior a 24 años.

Por último, sostuvo que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa para desobedecer sus preceptos y menoscabar la seguridad jurídica que debe existir dentro de un Estado Social de Derecho, para lo cual citó apartes de la sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLPENSIONES

Por su parte, Colpensiones sostiene que no resulta procedente ordenar un nuevo traslado de régimen en atención a la prohibición que para el efecto impuso la Ley 797 de 2003, en concordancia con los requisitos establecidos en la sentencia C-789 de 2002, SU-062 de 2010 y los Decretos 692 de 1994 y 3995 del 2008, que concuerdan en el término legal que tenía los afiliados para solicitar el traslado de régimen, que para el caso de la señora Ellen Ramírez al contar con 61 años de edad, dicho plazo ya se encuentra superado y en consecuencia, no es viable el traslado pretendido.

Finalmente refiere que se obró de buena fe respecto de los trámites y solicitudes de la demandante, teniendo en cuenta que no está en cabeza de la entidad la disposición del traslado de régimen de la actora, por lo que rechaza la condena en costas impuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDANTE

Dentro de la oportunidad procesal concedida para alegar de conclusión la parte demandante allegó escrito de alegatos de conclusión en el que expuso que no le asiste razón al a quo al negar el reconocimiento de los intereses moratorios y el retroactivo pensional, por cuanto, en lo atañedero a los intereses, aquellos se causan por el no pago oportuno de las mesadas pensionales, sumó a ello, que al haberse reconocido la prestación económica bajo los derroteros del régimen de transición, la misma no puede ser excluida del resarcimiento previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDADA COLFONDOS S.A.

Descorrido el traslado para alegar de conclusión el apoderado judicial de Colfondos S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el *a quo* de primera instancia solicitando que se revoque la misma, en tanto a su sentir, al interior del proceso no se probaron los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda, conforme al artículo 167 del C.G.P., deviniendo como deber legal de las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, a excepción de cuando se trate de hechos notorios, afirmaciones o negaciones indefinidas que no requieren prueba, sumó a ello, en el asunto puesto a escrutinio no acreditó la existencia de vicio alguno en el consentimiento. Por último, afirmó que no existe nulidad por ineficacia, en tanto tal institución jurídica no está estipula en preceptiva legal alguna, contrario a ello, es y es de creación jurisprudencial. Razón por la que no resulta procedente condenar a la AFP a devolver de manera indexada la totalidad de los ahorros de la demandante de su cuenta pensional, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia plantea para lo cual,

SE CONSIDERA

El conflicto jurídico que dio origen al presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y de ser así, establecer si hay lugar a declarar la prescripción. Adicionalmente, se estudiará si le asiste derecho a la demandante a que

se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el Decreto 758 de 1990.

Con tal propósito interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que el 13 de mayo de 1994, la demandante suscribió el formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Colfondos S.A., en el que se dejó constancia de la novedad de traslado del sistema de prima media con prestación definida que estaba en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al privado; (ii) que el dinero que se encontraba a cargo del fondo público fue remitido a la nueva administradora y; (iii) que el 5 de octubre de 2018, la actora solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado. Los anteriores aspectos en todo caso se pueden establecer de la documental visible a folios 5 a 30 del expediente.

Bajo tales supuestos, importa a la Sala destacar que uno de los pilares sobre los cuales se erigió el sistema de seguridad social en pensiones es el derecho del afiliado a la libre elección tanto de régimen, como de administradora, de esta forma lo dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar "*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado*".

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece 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 de mercado".*

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019, precisó que *"necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (…) no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito*

con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito". (…) las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Colfondos social, 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", premisa que implica dar a conocer "las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes", como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. (…) Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en fondos de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos a los afiliados".

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *"existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional"*[1].

Así mismo, en ésta providencia la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL1452 traída a colación enseñó que *"(…) frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca (…) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es que suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quién está en posición*

[1] En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *"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 hacerlo. (…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado del régimen pensional. (…) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite cumplió está obligación; (ii) la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información, y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que a folios 5 y 23 del cuaderno 1, obra copia de la solicitud de afiliación y traslado del 13 de mayo de 1994 ante Colfondos S.A., suscrita por Ellen Ramírez Ueseller, documento del que no se evidencia, que a la actora se le haya ofrecido información alguna respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de una expresión genérica de voluntariedad precedida de la firma del *petente*, que tal como lo ha sostenido la CSJ SCL[2], no da cuenta del cumplimiento del deber de información y Colfondos del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

En consonancia con lo anterior, es imperante enfatizar, que en aquellas controversias como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, dada la responsabilidad que se le endilga a la Administradora del Fondo Privado, esta entidad dentro de su órbita, tiene el deber de demostrar que suministró al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, así como las implicaciones propias que conlleva el traslado de régimen pensional, carga que de forma legítima se le impone a la demandada, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado, a quien concretamente, no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

[2] SL12136-2014.

Es por ello, que si bien el apoderado de Colfondos insiste en que la carga de la prueba del vicio del consentimiento debe ser asumida por la parte actora, lo cierto es, que el precedente jurisprudencial, que acoge esta Sala, es uniforme al trasladar el deber de acreditación de la idoneidad de la información sobre las implicaciones del cambio de régimen a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Así las cosas, como en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación de la demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera consiente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace ineficaz el traslado de régimen, de ahí que no haya lugar a revocar la decisión de primer grado en este sentido.

De otro lado, no son de recibo los argumentos de la AFP recurrente en cuanto que, el cargo ejecutivo de cuentas, que para la época de la suscripción del traslado desempeñó la actora en el propio Colfondos S.A, le permitía tener el conocimiento suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas del cambio de régimen, toda vez que lo exigido por la jurisprudencia no es la prueba del nivel educativo del afiliado que muta de sistema pensional, sino que las administradoras de fondos de pensiones demuestren el alcance de la información brindada a éstos y que sirvió de base para adoptar la decisión de trasladarse al RAIS, aspecto que se itera, no se cumplió por la accionada en este asunto.

PRESCRIPCIÓN

Al respecto, importa precisar que para la Sala es claro que en casos como el que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, y mucho menos aquel previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, *"los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código"*. Por ende, se concluye, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas *"Las controversias referentes al sistema de*

seguridad social integral que se susciten entre los afiliados… y las entidades administradoras o prestadoras…" conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, a pesar de que se pretenda la nulidad del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con la seguridad social razón por la que el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, dado que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión, pues influye en ésta de manera directa, adicionalmente el artículo 53 constitucional, establece que los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales son irrenunciables, como lo sería para el caso concreto el monto de la pensión de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU 298 de 2015, y conforme la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expuso *"la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".*

Los razonamientos expuestos considera la Sala son suficientes para confirmar la ineficacia del traslado y de esta forma se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Dilucidado lo anterior, en atención al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, procede la Sala a analizar si la actora tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En tal sentido, empieza la Sala por decir que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que *"la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley"*.

Por su parte, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

En el presente caso, la prueba documental obrante en el plenario demuestra que Ellen Ramírez Uesseller, para el 1º de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de conformidad con lo previsto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, contaba con 35 años y 10 meses de edad, lo que la hizo acreedora del régimen de transición.

Entretanto para el 25 de julio de 2005, fecha de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, según el resumen de semanas cotizadas por el empleador obrante a folio 131-132 y la relación de aportes que reposa a folios 178-187, contaba con 1.013,85 semanas de cotización al régimen de prima media, es decir, superaba el monto mínimo de cotización previsto en la normativa en comento, para hacer extensivo el régimen de transición de la actora hasta el 31 de diciembre de 2014.
Ahora bien, para definir si la demandante alcanzó a reunir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 a 31 de diciembre de 2014, para hacerse acreedora a la pensión de vejez que por esta vía reclama, se tiene que según el artículo 12 de esa normatividad, *"Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

La cédula de ciudadanía obrante al interior del expediente y que reposa a folio 4 del cuaderno 1, demuestra que la demandante nació el 29 de mayo de 1958, es decir cumplió 55 años de edad el 29 de mayo de 2013, por lo que se demuestra el primero de los requisitos mencionados.

En relación con el cómputo de las semanas a efectos de adquirir la pensión del Acuerdo 049 de 1990, la historia laboral obrante a folio 131-132 y la relación de aportes que reposa a folios 178-187, muestra que a 29 de mayo de 2013, la actora contaba con 1.363,5 semanas de cotización, cifra que supera la mínima requerida por el artículo 12, literal b) del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, razón por la que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la prestación pretendida.

Es de advertir, que conforme se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, la demandante retorna al régimen de prima media con prestación definida, es decir que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez, la cual debe ser liquidada con lo cotizado en los últimos 10 años conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo a lo reglado en al artículo 20 del Decreto 758 de 1990.

Ahora, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se reconoce desde el momento en que el afiliado cumple con los requisitos dispuestos en la sección 12 de la aludida normativa, pero para su disfrute resulta necesario la desafiliación del sistema.

Respecto del término desafiliación que alude la normativa en cita, jurisprudencialmente se ha concebido que en tratándose de servidores públicos se requiere para el disfrute de la pensión de vejez el retiro del servicio.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2009-00090-00 de 1°. de agosto de 2013, señaló que *"el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación del régimen para entrar a disfrutar la pensión de vejez y que el artículo 35 establece que las pensiones del seguro social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. El acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio".*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-225 de 2018, al analizar lo expuesto por el Consejo de Estado en el fallo referido, sostuvo que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles. De este modo, tratándose de servidores públicos es necesario el retiro del servicio para el disfrute de la pensión, *"visto lo anterior, se tiene que el retiro del servicio o desvinculación laboral es la terminación de la relación laboral o reglamentaria del trabajador o servidor".*

En el caso concreto la demandante en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social al preguntársele sobre sus generales de ley en el interrogatorio de parte que rindiera, expresó "*Ellen Ramírez: 61 años de edad. Nació en Bogotá. Vive actualmente en Neiva en calle 37 sur # 3-109 manzana 3 casa 14 conjunto Monte Verde. Unión libre con Guillermo Rosero Tafur. Hizo hasta 9º semestre de la facultad de derecho, se casó y creo una empresa con su esposo, padre de sus hijos. Actualmente trabaja con la Superintendencia Nacional de Salud Neiva Regional Sur"*[3]**.**

En consecuencia, y teniendo en cuenta la calidad de servidora pública que ostenta en la actualidad la demandante, conforme al contexto jurisprudencial para el disfrute de la pensión, es requisito *sine qua non* que se haya retirado del servicio, circunstancia que, al no haber acontecido en el presente caso, imposibilita a la actora al disfrute del beneficio pensional a que tiene derecho.

Por lo expuesto, la Sala prohíja la decisión de primer grado en cuanto al reconocimiento pensional, atando el disfrute de la pensión al retiro del servicio por parte de la accionante, no asistiéndole razón al recurrente en cuanto a que, por el

[3] Rec. 09:04.

hecho de haber cesado las cotizaciones al sistema, se le debe tener como desafiliada del mismo y con ello acceder al disfrute de la pensión.

En consecuencia, reitera la Sala que, una vez retirada del servicio la demandante tiene derecho a que le pague Colpensiones la mesada pensional que resulte de la liquidación de lo cotizado en los últimos 10 años, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo a lo reglado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, indexándose anualmente el monto obtenido hasta la fecha en que efectivamente la actora adquiera el disfrute del beneficio económico.

De otro lado, y en cuanto atañe a los intereses moratorios, que alude el recurrente le deben ser reconocidos conforme lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, precisa la Sala que, para que dicha condena resulte procedente, debe existir solicitud de reconocimiento y pago de la pensión y una mora por parte de la administradora en torno a la respuesta a dicho pedimento, situación que en el caso concreto no fue demostrado, por consiguiente no hay lugar a conceder lo pretendido por la parte demandante.

COSTAS

En torno a la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones que es uno de los reparos endilgados a la sentencia de primer grado, importa a la Sala señalar que aquellas corresponden a la erogación económica, que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, tiene que asumir *"la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto*" y su imposición obedece a un criterio netamente objetivo, que se circunscribe a los eventos descritos, que para el caso de la sentencia de primera instancia es el hecho de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones.

Esa fue la intelección que le dio al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil la propia Corte Constitucional en la sentencia C-089 del 13 de febrero de 2002, al indicar: *"El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues 'se*

condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento', sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, 'la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)'. En efecto, aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que 'solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En ese orden, ningún reproche merece para la Sala la determinación adoptada por el *a quo*, de haber impuesto condena en costas contra Colpensiones; pues si las mismas obedecen a un criterio objetivo, como lo es la imposición de condena, y esta entidad fue efectivamente vencida en juicio, resultaba procedente la imposición de las mismas.

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia contra Colpensiones en consideración a que el presente asunto además de resolver el recurso de apelación formulado por la entidad, fue conocido en el grado jurisdiccional de consulta. A su turno, se condenará en costas a Colfondos S.A. ante la improsperidad de la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, el 30 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a Colfondos S.A.

TERCERO.- Sin costas en contra de Colpensiones, en razón de lo motivado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada

EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado