



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente : 1100133350142020-000422-00
Demandante : **Andrés Espinosa Fenwarth**
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Bancoldex
Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reconocimiento pensión vejez

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 18 de julio de 2022 por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El medio de control. El señor Andrés Espinosa Fenwarth, a través de apoderada judicial, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Bancoldex Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A., para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las Resoluciones No. SUB 186383 de 2017 y No. DIR 22957 del 14 de diciembre de 2017.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Bancoldex Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A., que: i) reconozca la pensión de vejez desde que cumplió el requisito de edad, junto con el retroactivo pensional desde el momento en que acreditó los requisitos de reconocimiento de esa prestación; ii) pagar las sumas adeudadas de forma indexada con base en el IPC certificado por el DANE entre la fecha en que se causaron las acreencias que se reclaman y la fecha del pago de las mismas; iii) reconocer los

intereses moratorios. Condenar en costas a las entidades demandadas; iv) dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con el CPACA y; v) condenar a la demandada en costas.

Fundamentos fácticos. La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Mediante Resolución SUB No. 186383 del 05 de septiembre de 2017 Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Contra la anterior decisión, el 22 de septiembre de 2017 interpuso recurso de apelación.

Mediante Resolución No. APDIR No. 425 del 19 de octubre de 2017, Colpensiones lo requirió a él y al Ministerio de Relaciones Exteriores para que allegara los formatos CLEB de los tiempos laborados.

A través de la Resolución No. DIR 22957 del 14 de diciembre del 2017 Colpensiones confirmó la decisión recurrida.

El 25 de julio del 2014 el Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta al derecho de petición radicado No. E-CGC-14-040685 el 15 de mayo del 2015 por el accionante, explicó que la relación laboral de los agregados comerciales se origina exclusivamente con el Fondo de Promoción de Exportaciones "PROEXPO", por mandato legal, al fijar las erogaciones que se causen como consecuencia del cumplimiento de los Decretos 1833 del 16 de agosto de 1989 y 1215 del 26 de junio de 1967, con cargo al presupuesto del citado organismo, que BANCOLDEX asumió a partir del 1 de enero de 1992 todos los derechos y obligaciones del Fondo de Promoción de Exportaciones y que Fiducoldex continuó con dicha carga a partir del 5 de noviembre de 1992.

Mediante el Decreto No. 1833 del 16 de agosto de 1989 se efectuó el nombramiento del demandante y en el Decreto No. 2474 del 10 de diciembre de 1993 se aceptó su renuncia.

En virtud de lo anterior, Bancoldex emitió respuesta al accionante el 11 de agosto de 2014, negando la solicitud de certificación laboral sobre la vinculación del accionante como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra Suiza,

argumentando que es el Ministerio de Relaciones Exteriores el encargado de expedir las certificaciones solicitadas por ser una atribución propia del empleador con el que se sostuvo la relación laboral conforme la vinculación que en ese sentido se efectuó mediante Decreto.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Citó como normas transgredidas por el acto administrativo demandado los artículos 1º, 2º, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; Decreto 1045 de 1978; artículos 1º, 11 y 36 de la ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Adujo que Colpensiones no tiene en cuenta unos tiempos trabajados por el demandante en la entidad morosa, por no existir cotizaciones, sin embargo, la jurisprudencia ha sido clara en cuanto a que la mora en los aportes no puede afectar al trabajador, pues la carga de realizar estos cobros no recae en su cabeza.

Precisó que desde el año 1998 la Corte ha sido enfática en afirmar que la mora del empleador o patrono no exime a la entidad de previsión social de su obligación de reconocerle la pensión al trabajador.

Recalcó que esa posición la ha sostenido la Corte Constitucional durante todos los años posteriores y, que constituye ya un precedente constitucional obligatorio sobre la materia. Y concluyó que jurídicamente BANCOLDEX debe asistir a este proceso con el fin de cubrir las responsabilidades del empleador moroso.

II PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de julio de 2022, negó las pretensiones de la demanda al considerar que de acuerdo al parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, el señor Andrés Espinosa Fenwarth no era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que respetaba el derecho a pensionarse con el régimen anterior, dado que la transición referida no puede extenderse más allá 31 de diciembre de 2014.

Señaló que la pensión de jubilación del accionante se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. No obstante, al revisar los requisitos necesarios a la

luz de lo allí preceptuado, el accionante si bien logra acreditar la edad requerida para ser acreedor de la prestación solicitada al 2017 pues contaba con 62 años, no demostró el requisito mínimo de semanas cotizadas; es decir, que para esa vigencia debía contar con 1300 semanas cotizadas y tan sólo acumuló 1,183 semanas, razón por la cual tampoco es acreedor bajo este régimen de la prestación solicitada.

Adujo que para efectuar el reconocimiento pensional que pretende la parte actora, es necesario determinar con certeza quién ostentó la calidad de empleador y por lo tanto, era el responsable de generar las cotizaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993 al señor Andrés Espinosa Fenwarth mientras fungió como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra Suiza, en atención a lo dispuesto en las disposiciones contenidas en los artículos 24, 53 y 54 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 2 y 5 del Decreto 2633 de 1994.

Concluyó que se debían negar las pretensiones de la demanda, puesto que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados de nulidad, lo que no obsta para que una vez se adelanten los trámites administrativos y/o judiciales pertinentes para la inclusión de semanas no cotizadas en la historia la laboral del demandante, o cumplidas las 1300 semanas de cotización, se solicite nuevamente el reconocimiento pensional, dado su carácter de prestación periódica imprescriptible.

III EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de apelación, en el que solicitó revocar la decisión y en su lugar, acceder a las pretensiones de la misma, aduciendo que la decisión del juzgado es abiertamente superficial y desconoce los derechos fundamentales del actor, además de que todos los supuestos probatorios que echa de menos fueron tratados y discutidos dentro del trámite procesal, tanto en la vía gubernativa como en la vía judicial, por lo cual la decisión del juzgado denota un desconocimiento de los derechos de la seguridad social y fundamentales que deben ampararse en este tipo de procesos.

Consideró que el juzgado desconoce que dentro del proceso se logró probar que:

- «1. Mi mandante solicitó ante la entidad COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión.
2. Mediante las 2 resoluciones que se aportan se decide negar el reconocimiento de la misma, con fundamento en que para el momento cuenta con 1.171 semanas, y que para que le puede ser reconocida, se debe contar con 1300.
3. Mi mandante realmente cuenta con todo el tiempo necesario para el reconocimiento, pero uno de sus empleadores no realizó las cotizaciones a las que se encontraba obligado, tal como se prueba con los documentos que anexo. Esto se aportó desde el trámite en vía administrativa.
4. Mi mandante desempeño para el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, como diplomático, desde el 16 de agosto de 1989 y hasta el 15 de diciembre de 1993.
5. Este tiempo es de aproximadamente 245 semanas.
6. Al sumar este tiempo a sus cotizaciones alcanza el derecho a la pensión.
7. Las cotizaciones que no se realizaron no fueron por culpa o responsabilidad de mi mandante.
8. A pesar de que mi mandante solicitó en múltiples ocasiones a su ex empleador que realizara los aportes, siempre le contestaron con evasivas y nunca cumplieron con su deber. Es decir que lo que echa de menos el juzgado, se hizo de forma diligente y en varias ocasiones, frente al Ministerio y frente a Colpensiones.
9. Igualmente, la demandada Colpensiones, a pesar de habersele puesto de presente dicha situación no tomó las medidas necesarias para que el empleador moroso cumpliera y así llegar a reconocer la pensión a que tiene derecho el actor.
10. En vista de la negativa, siguió cotizando, a pesar de haber cumplido ya con los requisitos de su régimen.»

IV TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 28 de octubre de 2022 y admitido por este Despacho con auto de 24 de febrero de 2022; en armonía con lo dispuesto en los numerales 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez concedido y admitido el recurso de apelación, la vinculada, allegó alegaciones finales solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

Vinculada Ministerio de Relaciones Exteriores: Expuso que no es, ni fue el empleador de los agregados comerciales en el exterior, ni existe ningún tipo de vinculación laboral, toda vez que, la relación laboral correspondiente, se originó por disposición legal, con el Fondo de Promoción de Exportaciones – PROEXPO, al fijar las asignaciones mensuales y otras prestaciones con cargo al presupuesto de ese organismo, por lo que la existencia de una verdadera relación laboral es con quien, en la actualidad, asumió todos los derechos y

obligaciones de Proexpo, esto es, Bancóldex, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 7 de 1991, con lo cual al no ser la Cancillería, la entidad empleadora del señor Andrés Espinoza, no tiene participación en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de los Agregados Comerciales; ni en lo concerniente a prestaciones sociales. Así las cosas, se reitera que, las personas que han ejercido cargos como Agregados Comercial nunca tuvieron vínculo laboral con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

V. CONSIDERACIONES

Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho o no para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Tesis de la Sala. En el asunto sometido a estudio se **revocará** la sentencia recurrida y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, comoquiera que el señor Andrés Espinosa Fenwarth acreditó haber laborado para el Ministerio de Relaciones Exteriores y que las semanas laboradas en ese ministerio no fueron tenidas en cuenta dentro de la historia laboral que sirvió de soporte para la negativa del estudio del reconocimiento pensional solicitado por el actor. Adicionalmente, el demandante demostró que realizó actuaciones ante la entidad administradora de su pensión y su nominador a fin de que emitieran su certificado laboral y las respectivas cotizaciones de aportes pensionales, sin embargo, existen elementos materiales probatorios que demuestran que ninguna quiso asumir su responsabilidad en dicho pago y también se evidenció que, aunque Colpensiones emitió un auto de pruebas requiriendo información sobre esas cotizaciones, le faltó diligencia para recuperar los valores adeudados, de manera que, ahora no resulta viable endilgarle las consecuencias desfavorables de ello al trabajador.

Marco Jurídico. Al respecto, es preciso efectuar un breve análisis de la normatividad que regula el régimen prestacional y pensional de los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, señalando en primer lugar que, previo a la entrada en vigencia de

¹ «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

la Ley 100 de 1993, los empleados de la planta externa de dicho ente ministerial se encontraban regidos por el Decreto Ley 2016 del 17 de julio de 1968, «Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular», que en relación con la prestación pensional de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, dispuso que su liquidación se realizaría sobre la base del cargo de mayor categoría desempeñado por el funcionario durante su carrera, por al menos un (1) año, conforme a las categorías y equivalencias establecidas en dicho estatuto.

Seguidamente, a través de la Ley 41 de 1975, se estableció que las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior debían ser liquidadas y pagadas teniendo en cuenta las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo considerado en el artículo 66 ibídem.

Posteriormente, el Decreto 10 de 1992, «Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular», derogó las disposiciones anteriores, pero mantuvo la misma regla de liquidación antes expresada, consagrando:

«Artículo 55. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que reúnan los requisitos legales en cuanto a edad y tiempo de servicio, que hayan alcanzado la categoría de Embajador y que al retirarse del servicio soliciten su pensión de jubilación o invalidez tendrán derecho a que ésta les sea liquidada y pagada con base en las asignaciones de los Ministros del Despacho, calculada a la fecha de retiro del funcionario.

Artículo 56. La liquidación de la pensión de jubilación o de invalidez de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, se hará sobre la base del cargo de mayor categoría que haya desempeñado el funcionario durante su carrera, por un año al menos, conforme a las categorías y equivalencias establecidas en este Estatuto y aplicando, cuando fuere el caso el artículo anterior.

Artículo 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.».

En relación con dichas disposiciones legales, el Consejo de Estado sostuvo que contenían una regla general, según la cual, a efectos de liquidar las prestaciones de los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se debía acudir a una equivalencia

con los cargos de planta interna; sin embargo, dicho decreto fue derogado por el Decreto Ley 1181 del 29 de junio de 1999, que determinaba que cuando el funcionario se encontraba en el exterior, el ingreso base de cotización sería la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario de planta interna y, este decreto a su vez, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-920 de 1999, en virtud de la inconstitucionalidad del artículo 120 de la Ley 489 de 1998, que concedió facultades extraordinarias al ejecutivo.

En virtud de dicha declaratoria de inexecutable, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1°, numeral 6° de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto 274 del 22 de febrero de 2000, regulatorio del servicio exterior y la carrera diplomática, que en su artículo 66 especificó que las prestaciones sociales de los funcionarios de la carrera diplomática y consular debían liquidarse y pagarse conforme a la asignación básica mensual y los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, correspondientes a la planta interna; disposición normativa que también fue declarada inexecutable mediante sentencia C-291 del 16 de marzo de 2001, por encontrarse en contravía de las disposiciones de la Constitución Nacional.

Por otra parte, el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuanto a los requisitos para obtener la pensión de vejez, estipuló en el artículo 33 lo siguiente:

«Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015»

Luego, para acceder a la pensión de vejez del régimen de la Ley 100 de 1993 se debe acreditar:

a) 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del 1° de enero de 2014 serán 57 y 62, en su orden.

b) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las cuales aumentan a partir de 2005, así:

Año Semanas

2003 1000

2004 1000

2005 1050

2006 1075

2007 1100

2008 1125

2009 1150

2010 1175

2011 1200

2012 1225

2013 1250

2014 1275

2015 1300

De lo probado en el proceso. En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por la Sala, tenemos:

Resumen de semanas cotizadas expedido el 21 de mayo de 2013, por parte de Colpensiones en el que constan las cotizaciones del señor Andrés Espinosa Fenwarth ante Colpensiones desde enero de 1967 a 21 de mayo de 2013, es de anotar que dentro de dicho listado de entidades en las que el actor laboró no figura el Ministerio de Relaciones Exteriores, ni Proexpo, ni Bancoldex, en dicho certificado consta alrededor de 900 semanas.

Auto de pruebas emitido por Colpensiones No. RADICADO No. 2017_10066336 por medio del cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida, en el que se requirió al señor Espinosa Fenwarth Andrés y al Ministerio de Relaciones Exteriores identificado con Nit 899,999,042-9 para que en el término de un (1) mes, allegaran las siguientes pruebas i) Formato 1 Certificado de información Laboral; ii) Formato 2 Certificación de Salario Base y; iii) Formato 3B Certificación de salarios mes a mes con factores salariales.

Oficio S-DITH-14-050149 del 25 de julio del 2014 en el que el Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta al derecho de petición radicado No. E-CGC-14-040685 el 15 de mayo del 2015 radicado por el señor Andrés Espinosa Fenwarth, explicó que la relación laboral de los agregados comerciales se origina exclusivamente con el Fondo de Promoción de Exportaciones "PROEXPO", por mandato legal, al fijar las erogaciones que se causen como consecuencia del cumplimiento de los Decretos 1833 del 16 de agosto de 1989 y 1215 del 26 de junio de 1967, con cargo al presupuesto del citado organismo, que BANCOLDEX asumió a partir del 1 de enero de 1992 todos los derechos y obligaciones del Fondo de Promoción de Exportaciones y que Fiducoldex continuó con dicha carga a partir del 5 de noviembre de 1992. Asimismo, en dicha respuesta se expuso que:

«De acuerdo con los documentos que aporta a su petición, una vez revisados los archivos de los decretos expedidos por este Ministerio que reposan en el Grupo Interno de Trabajo del Archivo de la Dirección Administrativa y Financiera, se encontró que de conformidad con el Decreto 1833 del 16 de agosto de 1989, usted fue nombrado como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la Oficina Europea de la Organización de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra – Suiza.

El acto administrativo ibidem, consagró en el artículo 2° lo siguiente:

ARTICULO 2°- Las erogaciones que ocasione el cumplimiento del presente Decreto, se pagaran con cargo al presupuesto del Fondo de Promoción de Exportaciones "PROEXPO"(subraya y negrilla fuera de texto).

Así mismo, a través de Decreto 2474 del 10 de diciembre de 1993 se le aceptó la renuncia, a partir del 15 de diciembre de 1993, al cargo de consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la oficina Europea de la Organización de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra – Suiza.

Decreto 1833 del 16 de agosto de 1989 emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio del cual se nombró al doctor Andrés Espinosa Fenwarth como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la Oficina Europea de la Organización de las Naciones Unidas.

Certificado proferido por la coordinadora de nómina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que consta que revisados los archivos y las bases de datos de la Dirección de Talento Humano y del Grupo Interno de trabajo de Archivo de la Dirección Administrativa y Financiera no se encontró registro de Andrés Espinosa Fenwarth. No obstante, consultada la información del archivo de la Dirección Administrativa Financiera se encontraron los Decretos originales 1833 del 16 de agosto de 1989 y 2474 del 10 de diciembre

de 1993, el primero con el que fue nombrado como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la Oficina Europea de la Organización de las Naciones Unidas, y el segundo con el cual se le aceptó la renuncia a dicho cargo.

Oficio S-IDTH-14-050136 del 25 de julio de 2014 en el que la directora de Talento Humano de la Cancillería da traslado del derecho de petición radicado No. E-CGC-14-040685 el 15 de mayo del 2015 por el señor Andrés Espinosa Fenwarth, al vicepresidente jurídico de BANCOLDEX, por considerar que era el competente.

Oficio B - SEG- 74996 del 11 de agosto de 2014, en el que Bancoldex se refirió a la comunicación recibida el 25 de julio del precitado año, mediante el Oficio 5-DITH-14-050136, suscrito por la directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del cual solicitó que se le expida certificación laboral sobre su vinculación como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra, Suiza, concluyendo que el Ministerio de Relaciones Exteriores es la entidad competente para dar respuesta a su petición, e informó que no resulta viable para Bancóldex acceder a la misma.

Resolución número SUB 186383 del 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor del señor Andrés Espinosa Fenwarth, al encontrar acreditado que el citado señor laboró un total de 8,197 días que corresponden a 1,171 semanas y que nació el 29 de junio de 1955 y actualmente cuenta con 62 años de edad.

Resolución número DIR 22957 del 14 de diciembre de 2017 por medio de la cual Colpensiones confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB No. 186383 del 5 de septiembre de 2017, conforme al recurso presentado por el señor Espinosa Fenwarth Andrés, motivado en lo siguiente:

«Que, en consideración a lo anterior, el(a) peticionario(a) no logra acreditar los requisitos mínimos de semanas cotizadas; es decir que para el año 2017 debe contar 1300 semanas cotizadas y el asegurado tan solo cuenta con 1,183 semanas razón por la cual se niega la prestación solicitada.

Que mediante resolución APDIR 425 del 19 de octubre de 2017 se le solicito a la señora ESPINOSA FENWARTH ANDRES, ya identificada se allegara, los FORMATOS CLEB de tiempos de servicio laborados con MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES identificado con Nit 899,999,042-9 indicando a que caja realizaron las respectivas

cotizaciones, que dicha comunicación fue enviada mediante guía No. GA87020101349, el día 02 de noviembre de 2017, comunicación que fue recibida pero no se allegó la documentación requerida. Que por lo anterior se encontró que adecuados para solicitarle a la entidad anteriormente señalada.

Que se evidencia que ya transcurrió un (1,) mes después de recibido el oficio solicitando la documentación solicitada y no se aportó documento alguno al expediente por lo que se procederá a resolver lo que en derecho corresponde, con la única documentación obrante.»

Resumen de semanas cotizadas proferido el 19 de septiembre de 2018, por parte de Colpensiones en el que constan las cotizaciones del señor Andrés Espinosa Fenwarth desde enero de 1967 a septiembre de 2018, es de anotar que dentro de dicho listado de entidades en las que el actor laboró no figura el Ministerio de Relaciones Exteriores, ni Proexpo, ni Bancoldex, en dicho certificado constan 1.221,86.

Caso concreto. Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la parte demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de las Resoluciones No. SUB 186383 de 2017 y No. DIR 22957 del 14 de diciembre de 2017, por medio de las cuales Colpensiones le negó el reconocimiento pensional.

Lo perseguido por el recurrente no tiene que ver con si es, o no, beneficiario el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino con el hecho de haber reunido los requisitos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, lo anterior por cuanto considera que tiene más de las 1.300 semanas que exige esta norma para ser merecedor de su pensión de vejez.

Al respecto, Colpensiones le negó la solicitud de reconocimiento pensional al considerar que no reunía todos los requisitos legales dispuestos en la Ley 797 de 2003, puntualmente porque no certificaba el requisito de semanas cotizadas, ya que solo acreditó 1,171 semanas y para hacerse merecedor de la misma requería un mínimo de 1.300 semanas.

Ahora, de las pruebas arrojadas al plenario se encuentra acreditado que el señor Andrés Espinosa Fenwarth laboró para el Ministerio de Relaciones exteriores entre el 16 de agosto de 1989 al 15 de diciembre de 1993, es decir, un total aproximado de 220 semanas en el cargo de agregado comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra Suiza.

En el plenario reposan dos resúmenes de las semanas cotizadas por parte del señor Andrés

Espinosa Fenwarth a Colpensiones, una de fecha 21 de mayo de 2013, en la que figuran alrededor de 900 semanas (poco legible), y otra del 19 de septiembre de 2018 en la que constan 1.221,86, sin embargo, se evidencia que, en estas, no fueron incluidos los tiempos laborados por el actor ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

También se observa que en la parte motiva de los actos demandados que negaron el reconocimiento de la pensión de vejez se realizó un recuento detallado sobre los tiempos de servicio del actor, sin que en ninguno de ellos se incluyeran los tiempos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

No obstante, el mismo Ministerio de Relaciones Exteriores, certificó que en el archivo de la Dirección Administrativa Financiera obran los Decretos originales 1833 del 16 de agosto de 1989 y 2474 del 10 de diciembre de 1993 en los que consta, en el primero, que el señor Andrés Espinosa Fenwarth fue nombrado como consejero comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la Oficina Europea de la Organización de las Naciones Unidas, y el segundo, que se le aceptó la renuncia a dicho cargo a partir del 15 de diciembre de 1993.

Así las cosas, se tiene que el demandante prestó sus servicios como agregado comercial, misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra - Suiza, desde el 16 de agosto de 1989 y hasta el 15 de diciembre de 1993 conforme los decretos de nombramiento y renuncia expedidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en desarrollo del Decreto 1216 de 1968 y el Decreto Reglamentario 2505 de 1991.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7ª, en el Decreto 2505 de 1991 y en el acta de liquidación y terminación del contrato para la organización y administración de PROEXPO, suscrita el 28 de septiembre de 1992 por el Gobierno Nacional, el Banco de la República y el Banco de Comercio Exterior, la entidad encargada de asumir las obligaciones pensionales de los agregados comerciales es PROEXPO, y que a partir del 1º de enero de 1992, BANCOLDEX asumió todos los derechos y obligaciones de PROEXPO y, por tanto, es el encargado de atender el pago del pasivo prestacional que, eventualmente, pudiera estar a cargo de PROEXPO.

En virtud de lo anterior y acogiendo lo dispuesto por esta Sala de Decisión en otras providencias se tiene que la relación laboral de los agregados comerciales se origina

exclusivamente con el Fondo de Promoción de Exportaciones “Proexpo”, al fijar, por mandato legal, las erogaciones con cargo a los recursos del Fideicomiso de Promoción de Exportaciones “Proexport Colombia”, pese a que el nombramiento se disponga por decreto de la cartera ministerial².

En ese orden, se sintetizan las siguientes consideraciones: i) la inconformidad de la recurrente radica en el hecho de que no se le hubiera tenido en cuenta para el estudio de su reconocimiento pensional todos sus tiempos de servicios, específicamente el laborado en el Ministerio de Relaciones Exteriores; ii) dentro del plenario quedó demostrado que el señor Andrés Espinosa Fenwarth laboró para el Ministerio de Relaciones exteriores entre el 16 de agosto de 1989 al 15 de diciembre de 1993, es decir, un total de 220 semanas aproximadamente en el cargo de agregado comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra Suiza; iii) el actor puso en conocimiento de Colpensiones lo relacionado con los tiempos de servicios prestados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y que no le fueron reportados, igualmente solicitó ante dicho ministerio los certificados laborales y los pagos de los aportes por dichos periodos; iv) El Ministerio de Relaciones Exteriores reconoció el vínculo laboral del actor con esa cartera, pero explicó que las erogaciones ocasionadas en cumplimiento del decreto que lo nombró en el cargo de agregado comercial de la Misión Permanente de Colombia ante la ONU, se pagarían con cargo al presupuesto del Fondo de Promoción de Exportaciones “PROEXPO” el cual a partir del año 1992 paso hacer asumido por Bancóldex; v) por su parte Bancóldex ante el requerimiento que le fue trasladado en virtud del derecho de petición radicado por el actor informó que esos pagos debía realizarlos el Ministerio de Relaciones Exteriores; vi) por su parte Colpensiones enterado de esa situación emitió el auto de pruebas No. 2017_10066336 en el que requirió al señor Espinosa Fenwarth Andrés y al Ministerio de Relaciones Exteriores para que allegaran el certificado de información laboral, certificación de salario base y certificación de salarios mes a mes con factores salariales, sin embargo, frente a la falta de respuesta emitió los actos negando el reconocimiento pensional.

En consecuencia, luego del resumen probatorio se concluye que está demostrado que el señor Andrés Espinosa Fenwarth laboró para el Ministerio de Relaciones exteriores entre el 16 de agosto de 1989 al 15 de diciembre de 1993 y que dicho periodo de tiempo no fue incluido

² Decreto 1215 de 1967, artículo 3°.

dentro de la historia laboral del actor, lo que conllevó a que la administradora pensional denegará su derecho pensional, es de anotar, que los documentos requeridos por Colpensiones debían ser entregados por el nominador y pese a los requerimientos efectuado por el aquí demandante tanto al Ministerio como Bancóldex no fue posible obtenerlos.

Por consiguiente, es claro que, si al actor se le hubiera tenido en cuenta alrededor de esas 220 semanas que no fueron incluidas en su historia laboral, ya tendría hace varios años reconocida su pensión, pero como en este caso, los nominadores no asumieron su responsabilidad y Colpensiones no tenía claro quién era el ente responsable de expedir los certificados laborales y aportar las cotizaciones, el fondo pensional decidió negar el derecho prestacional, aspecto que no comparte esta Sala de Decisión, toda vez, que aun cuando el fondo no contaba con toda la documentación requerida, si tenía conocimiento de las inconsistencias que presentaba la historia laboral del señor Espinosa Fenwarth y bien pudo adoptar las medidas necesarias para trasladarle al nominador las consecuencias desfavorables de su mora, y dar prevalencia a los derechos fundamentales que estaba reclamando el actor.

Sobre este asunto se trae a colación la reciente postura del Consejo de Estado³, en la que, en un asunto similar, pero estudiando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en lesividad, se determinó que las administradoras de fondos pensionales se encuentran facultadas para ejercer mecanismos tendientes a la recuperación de los montos adeudados o el restablecimiento de las irregularidades causadas por parte de los empleadores, así:

«Al respecto, frente al incumplimiento por parte del empleador de sus deberes en relación con las cotizaciones al sistema general de pensiones, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de los diferentes regímenes tienen el deber de adelantar acciones de cobro con el fin de recuperar el valor adeudado, en igual sentido se encuentra el artículo 5322 de esa norma, que faculta a las entidades pensionales para ejercer fiscalización e investigación respecto del agente retenedor.

En este caso, se encuentra que si bien es cierto, de acuerdo con la información que obra en el expediente, durante el período comprendido entre enero y agosto de 1994 el

³ Sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda, Subsección B consejero ponente: Juan Enrique Bedoya Escobar, de fecha catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), radicación: 15001-23-33-000-2018-00465-01 (1709-2022) Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) Demandado: Álvaro Tomás Arzuza Cuesta Temas: Lesividad acto de reconocimiento pensional con Ley 100 de 1993.

empleador [ACA LTDA] de Álvaro Tomás Arzuza Cuesta omitió su obligación de efectuar las cotizaciones a pensión, también lo es que Colpensiones omitió el deber de adelantar de manera oportuna el cobro de estos; por lo que no es procedente trasladar al demandado las consecuencias desfavorables del incumplimiento del referido deber legal.

En ese orden, para la Sala no tiene cabida la afectación a los derechos fundamentales del trabajador tales como la vida digna, el mínimo vital, la salud y la seguridad social, derivada del desconocimiento de las obligaciones legales y reglamentarias por parte del empleador, máxime cuando son las administradoras de fondos pensionales quienes se encuentran facultadas para ejercer mecanismos tendientes a la recuperación de los montos adeudados o el restablecimiento de las irregularidades causadas por parte de los empleadores.

De igual modo, cabe precisar que el yerro que dio lugar al reconocimiento pensional sin las exigencias legales, consistió en el cómputo de las semanas cotizadas por el trabajador, lo cual generó la convicción en el pensionado de la consolidación de su derecho, certeza que fue puesta en tela de juicio por la administradora de pensiones con el requerimiento de la autorización para revocar la decisión mediante la que fue reconocida su prestación (febrero de 2004), 13 años después (febrero de 2017), cuando Álvaro Tomás Arzuza Cuesta contaba con 73 años de edad, esto es, cuando no se encontraba en edad laboral productiva.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado que «si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional.

(...).

Para lo cual resulta pertinente mencionar que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 destaca el deber de los Estados de promover estándares de vida más elevados para todas las personas (artículo 55), lo que encuentra concordancia con el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dispone lo siguiente: «Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad».

En suma, se considera que las medidas adoptadas en el fallo impugnado orientadas a proteger los derechos constitucionales a la seguridad social, la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y vida digna del accionado, resultan acordes no solo con las condiciones particulares de este, atrás descritas, sino con el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en pensiones, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones estuvo en cabeza del empleador y en la falta de diligencia por parte de la administradora de pensiones para recuperar los valores adeudados, de manera que, ahora no resulta viable achacarle las consecuencias desfavorables de ello al trabajador, del cual no se acreditó el desconocimiento de los requerimientos dispuestos en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, precepto que salvaguarda el principio de estabilidad financiera del sistema general de pensiones.»

En ese orden, se tiene que el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo guarda armonía con la línea planteada por la Corte Constitucional respecto a que no tiene cabida la afectación a los derechos fundamentales del trabajador por el desconocimiento de las obligaciones legales por parte del empleador en el pago de sus aportes, máxime cuando las administradoras de fondos pensionales se encuentran facultadas para ejercer mecanismos tendientes a la recuperación de los montos adeudados o el restablecimiento de las irregularidades causadas por parte de los empleadores.

Así las cosas, esta Sala de Decisión arriba a la conclusión de que se debe **revocar** la sentencia recurrida y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, comoquiera que el señor Andrés Espinosa Fenwarth acreditó haber laborado para el Ministerio de Relaciones Exteriores y que las semanas laboradas en ese ministerio no fueron tenidas en cuenta dentro de la historia laboral que sirvió de soporte para el estudio del reconocimiento pensional solicitado por el actor. Adicionalmente, el demandante demostró que realizó actuaciones ante la entidad administradora de su pensión y su nominador a fin de que emitieran su certificado laboral y las respectivas cotizaciones de aportes pensionales, sin embargo, existen elementos materiales probatorios que demuestran que ninguna quiso asumir su responsabilidad en dicho pago y también se evidenció que, aunque Colpensiones emitió un auto de pruebas requiriendo información sobre esas cotizaciones, le faltó diligencia para recuperar los valores adeudados, de manera que, ahora no resulta viable endilgarle las consecuencias desfavorables de ello al trabajador.

En consideración a todo lo expuesto, Colpensiones deberá reconocer el derecho pensional del demandante incluyendo los tiempos de servicios laborados por el señor Andrés Espinosa Fenwarth ante el Ministerio de Relaciones exteriores, desde el momento en que reunió el requisito de las 1300 semanas y los 62 años de edad.

Condena en costas. Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».

Así mismo, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

«[...] En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal [...].».

De las normas transcritas se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Revocar la sentencia del 18 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se dispone:

Segundo. Acceder a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor Andrés Espinosa Fenwarth contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancóldex, por tanto, se declarará la nulidad de las Resoluciones No. SUB 186383 de 2017 y No. DIR 22957 del 14 de diciembre de 2017, por medio de las cuales Colpensiones le negó el reconocimiento pensional.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, reconocer y pagar al señor Andrés Espinosa Fenwarth su pensión de vejez incluyendo los tiempos de servicio laborados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el momento en que reunió el requisito de las 1300 semanas y los 62 años de edad.

Cuarto. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, **hará** la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE, mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, deberá **dar** cumplimiento a la sentencia, de conformidad a lo dispuesto en los términos establecidos en los artículos 187, 189 y 192 del CPACA.

Sexto. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se encuentra facultada para ejercer los mecanismos tendientes a la recuperación de los montos adeudados o el restablecimiento de las irregularidades causadas en este caso, por Bancóldex entidad obligada a emitir los certificados y allegar los aportes pensionales del señor Andrés Espinosa Fenwarth, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo. Sin condena en costas, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

Octavo. Ejecutoriada esta decisión por secretaria **devuélvase** las diligencias al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado