REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **33 2016 00525 01**
Demandante:	ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ
Demandado:	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Magistrada Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que tiene derecho a la reliquidación, indexación o reajuste de su pensión de jubilación en la suma de $3’874.345 e indexada año a año, el consecuente pago de las diferencias dejadas de cancelar a partir del 13 de diciembre de 1991 fecha en que adquirió su status pensional, los intereses moratorios y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, señaló en síntesis que laboró ininterrumpidamente para el extinto FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA desde el 22 de septiembre de 1950 hasta el 8 de abril de 1954 y del 7 de octubre de 1957 al 21 de mayo de 1972 para un total de 17 años, 11 meses y 11 días, cumplió los 60 años de edad el 12 de diciembre de 1991 y le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante resolución No. 0332 del 16 de marzo de 1992 a partir del 13 de diciembre de 1991 bajo los parámetros del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, sin embargo para la liquidación de la pensión no se incluyeron la totalidad de los factores salariales que componen el salario promedio mensual que correspondía a la suma de $5.922,91 y aun así fue pensionado con el salario mínimo para el año 1991, igualmente refirió que dicho promedio mensual a la terminación del contrato en 1972 debió actualizarse o indexarse a la fecha de la pensión en la suma de $296.497 y no con $51.720 como erradamente la liquidó la empresa demandada.

Por otra parte, señaló que solicitó ante la jurisdicción ordinaria laboral la reliquidación de la pensión, trámite que correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga que ordenó la reliquidación de la mesada pensional, decisión revocada por el Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Laboral, en sentencia proferida el 31 de marzo de 2005, que ante dicha decisión se acudió en casación ante la Corte Suprema de Justicia, corporación que resolvió no casar la sentencia, decisiones sustentadas en las posturas jurisprudenciales existentes en el momento las cuales consideraban que la indexación no procedía para pensiones concedidas o causadas con anterioridad a la Constitución Política de 1991 ni para las pensiones convencionales, sin embargo, conforme a las nuevas posturas, existe la obligatoriedad de la indexación de tales pensiones, la cual le fue reconocida mediante fallo de tutela proferido el 1º de junio de 2018 por la Sección tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de tutela No. 2018-0121, por la cual se revocó la sentencia de tutela del 18 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito

Judicial de Bogotá y ordenó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA indexar la primera mesada pensional de jubilación de acuerdo con el salario promedio del último año de servicios con observancia de la formula establecida en la sentencia T-098 de 2005. Al respecto relató que la entidad demandada expidió las resoluciones No. 1534 del 4 de septiembre de 2018 y 1535 del mismo año en las cuales se pretendió dar cumplimiento al fallo de tutela pero presentaron varios errores pues se practicó la liquidación desde el año 2004 y no desde 1991, realizadas debidamente las operaciones aritméticas la mesada pensional para el año 2004 corresponde a $2’055.845,14 y no la reconocida por valor de $1’452.042,29, por lo anterior, indicó haber presentado incidente de desacato el cual fue negado por ser un asunto que debe ser debatido ante la jurisdicción ordinaria laboral.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones toda vez que no se evidencian los requisitos para la obtención del derecho, pues el actor laboró para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 17 años, 11 meses y 11 días con base en lo cual se ordenó pagar a su favor una pensión mensual vitalicia de jubilación liquidada en proporción al tiempo laborado. Que el demandante mediante proceso judicial ordinario y por vía de tutela solicitó la reliquidación e indexación de su mesada pensional y, teniendo en cuenta que se cumplió a cabalidad lo ordenado en dichos procesos, se da espacio a la cosa juzgada, razón por la cual no hay lugar a que se debatan nuevamente dichas pretensiones. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, pago, falta de causa y título para pedir, compensación y cosa juzgada.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 CONDENÓ al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la pensión reconocida al señor ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ, en cuantía de $2.382.388, a partir del día 20 de noviembre de 2014, junto con los reajustes legales y catorce mesadas al año, AUTORIZÓ a la demandada a descontar de la reliquidación ordenada, lo pagado por pensión restringida de jubilación proporcional, así como el valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud, se estableció que la demandada podrá continuar cotizando a COLPENSIONES hasta que el actor cumpla los requisitos de la pensión de vejez y a partir de dicha fecha se le debe descontar a únicamente el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión que reconozca COLPENSIONES y la que venía pagando la demandada y la condenó en costas en la suma de un salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho.

Para arribar a tal conclusión arguyó que dentro del proceso no opera la cosa juzgada toda vez que estamos frente a una decisión de un juez constitucional en un trámite sumario donde se ventiló la protección de la indexación de la primera mesada pensional y, dentro del presente asunto, se debe revisar la legalidad de las decisiones adoptadas por la demandada, además, se debe tener en cuenta que el propio juez constitucional archivó el incidente desacato por lo que es este el terreno para analizar si se dio o no cumplimiento a la orden proferida por el juez constitucional. Por otra parte, señaló que no se entiende por qué en la resolución que ordena la reliquidación pensional se toma como base el año 2004 y tampoco se explica de dónde se toma el último salario promedio de servicios, por lo que el despacho efectuó la indexación del último salario promedio que corresponde a la suma de $5.922,91 sobre el cual no existe discusión, para lo cual y conforme a la sentencia T-098 de 2004 como lo ordenó el fallo de tutela, se deben tomar como IPC inicial el de diciembre de 1971 correspondiente a 0,19 y como IPC final el de diciembre de 1990 que corresponde a 10,96, lo que arroja un salario indexado de

$341.658, al cual se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 67% y no del 75% como lo pretende el demandante, lo que arroja una primera mesada pensional de $228.210 para el año 1991 y, efectuando los reajustes legales para el 2014, la mesada pensional ascendía a la suma de $2’382.388, mesada superior a la reconocida por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en relación con la tasa de reemplazo del 67% aplicada por el juzgado, al aducir que el demandante trabajó 17 años y los fallos aportados como prueba en el proceso y las resoluciones de la propia entidad, indican que el porcentaje debió ser del 75% porque la pensión es producto de una convención colectiva donde se establece como pensión plena un porcentaje del 80% y teniendo en cuenta el tiempo laborado por el actor le corresponde un 75%.

De otro lado y como quiera que la sentencia resultó adversa a los intereses del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se estudiará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente la entidad demandada presentó alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal, los que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe condenarse al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la pensión restringida de jubilación del señor ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ, para indexar el IBL y modificar la tasa de reemplazo al 75%?

PREMISAS FACTICAS

En el trámite de primera instancia, encontró suficiente respaldo probatorio que mediante resolución No. 0332 del 16 de marzo de 1992 Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación reconoció y ordenó el pago a favor del señor ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ de una pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial, liquidada en proporción al tiempo efectivamente laborado de 17 años, 11 meses y 11 días, conforme al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, efectiva a partir del 13 de diciembre de 1991 en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente. Tampoco fue objeto de discusión que el último promedio salarial mensual del demandante correspondió a la suma de $5.922,91.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga condenó a Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reajustar el valor inicial de la pensión de jubilación del señor PINZÓN HERNÁNDEZ actualizado anualmente desde el día siguiente de su desvinculación el 22 de mayo de 1972 hasta el día en que le fue reconocida la pensión de jubilación el 13 de diciembre de 1991, decisión revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y que fue conocida por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 26841 del 18 de mayo de 2006, que decidió no casar la sentencia del ad quem, por considerar que no tiene asidero la indexación de la base salarial del accionante, providencias visibles a folios 49 a 81.

Con posterioridad el demandante presentó acción de tutela cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en sentencia del 1º de junio de 2018 ordenó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la sentencia indexara la primera mesada de la pensión de jubilación del tutelante, de acuerdo con el salario promedio del último año de servicios del accionante, con plena observancia de la formula establecida en la sentencia T- 098 de 2005 a partir del 20 de noviembre de 2014 (folios 106 a 109). En cumplimiento del fallo de tutela el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante resolución 1535 del 04 de septiembre de 2018 ordenó el pago de $98’570.055 por concepto de indexación de la primera mesada pensional en forma retroactiva, acto administrativo que señaló una mesada pensional para el año 2014 de $2’176.878,12 y reajustada a 2018 en la suma de $2’652.063,67.

Finalmente, el accionante presentó incidente de desacato por no haberse incluido los valores resultantes de la indexación de la primera mesada pensional, el cual fue negado en segunda instancia.

PREMISAS NORMATIVAS

- **Respecto de la cosa juzgada**

El artículo 303 del C.G.P. dispone*: “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...”*

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3492 - 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“Como pudo reseñarse en la jurisprudencia acotada, la cosa juzgada se da ante la existencia de dos o más procesos de los que se predica triple identidad: de objeto,

sujetos y causa, en los términos del artículo 303 del Código General del Proceso. Sin embargo, tal análisis debe efectuarse acuciosamente, de modo que el juzgador verifique los hechos, las pretensiones, así como las razones y fundamentos de los procesos, de manera que si lo pretendido en el nuevo juicio no fue objeto de estudio en el anterior, no hay lugar a declarar la existencia de cosa juzgada"

- **De la reliquidación de la primera mesada pensional - indexación**

La sentencia T-098 de 2005 de la Corte Constitucional, la cual ordenó el juez constitucional se tuviera en cuenta para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del señor ALVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ, señala:

"El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974."

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 510 - 2020 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, recordó lo dicho en la SL 4257 - 2016, respecto a la actualización monetaria de la primera mesada pensional así:

"La Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020, por razones prácticas, ha optado por el segundo método, expresado en la siguiente fórmula:

VA = VH x IPC Final
IPC Inicial
De donde:
VA = IBL o valor actualizado
VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización."

- **De la tasa de reemplazo**

El parágrafo 3º del artículo 8º de Ley 171 de 1961 establece:

"*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.*

A su vez el artículo 260 del C.S.T. señala:

"Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa… que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio".

CONCLUSIÓN

- **De la cosa juzgada**

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas concluye la Sala, tal como lo asentó el juez de primera instancia, que en el presente asunto no se configura la cosa juzgada toda vez que, si bien el demandante adelantó trámite de tutela en contra del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, lo cierto es que en dicha oportunidad se solicitó la indexación de la primera mesada pensional, mientras que en el presente proceso ordinario laboral se persigue la reliquidación de la pensión conforme a la aplicación correcta de la fórmula a tener en cuenta para la indexación de la mesada, lo cual constituye una pretensión novedosa a la inicialmente presentada, máxime si se tiene en cuenta que en el fallo de tutela no se realizaron cálculos aritméticos para establecer una condena en concreto, por lo que es claro que en dicha oportunidad no se abordó en su totalidad el problema objeto de estudio e incluso, en el auto mediante el cual el juez de tutela resolvió el incidente de desacato, señaló que el desacuerdo del accionante sobre la cuantía de la mesada reliquidada y el valor del retroactivo reconocido no es un asunto que sea objeto de debate en sede de tutela, sino que es un problema jurídico que debe ventilarse en el trámite ordinario, posición que comparte esta Corporación ante la falta de identidad de objeto entre ambos procesos.

- **De la reliquidación de la primera mesada pensional**

Sentado lo anterior y en aras de verificar si se encuentra ajustada a derecho la indexación de la primera mesada pensional del demandante, se debe tener en cuenta en primer lugar que el salario promedio del último año de servicios al 21 de mayo de 1972, correspondió a la suma de $5.922,91 y la pensión se reconoció a partir del 13 de diciembre de 1991, razón por la cual, para indexar el salario

promedio del demandante se debe tener en cuenta la formula indicada en las premisas normativas:

$$\text{Valor indexado} = \text{Valor Histórico} \times \frac{10{,}96102 \text{ (diciembre 1990)}}{0{,}19713 \text{ (diciembre 1971)}}$$

$$\text{Valor indexado} = \$5.922{,}91 \times \frac{10{,}96102}{0{,}19713}$$

Valor del IBL indexado = $5.922,91 x 55,603 = $329.331,58

En ese orden, el salario correctamente indexado a la fecha del reconocimiento pensional para el 13 de diciembre de 1991 correspondía a la suma de $329.331,58 a la cual se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 67% y no del 75% como lo alega el demandante en su recurso de alzada, pues no fue objeto de discusión que el actor laboró un total de 17 años, 11 meses y 11 días, razón por la cual no se le puede aplicar el porcentaje establecido para la pensión plena del artículo 260 del C.S.T. correspondiente al 75% cuando claramente el actor no alcanzó los 20 años requeridos para ello, y por el contrario, tal como se indicó en la misma demanda, la prestación reconocida corresponde a la pensión restringida de jubilación, es decir, que se reconoce en proporción al tiempo de servicios del trabajador, sin que sea admisible en esta instancia procesal el argumento tendiente a señalar que la pensión del actor es de carácter convencional en donde se aplica un porcentaje del 80% sobre el último salario promedio anual, toda vez que no se aportó ninguna convención colectiva de la cual se desprenda dicha afirmación y además, resulta diáfano que la pensión del actor es de carácter legal conforme al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 lo cual se insiste, fue referido por la misma parte actora en el escrito introductorio y se estableció así en las resoluciones del reconocimiento pensional, por lo que los argumentos de alzada no tienen ningún sustento fáctico ni probatorio dentro del proceso y tampoco fue discutido en el mismo y en consecuencia no hay lugar a que prosperen en esta instancia procesal.

Esclarecido lo anterior y una vez aplicada la tasa de reemplazo del 67% la primera mesada pensional del demandante corresponde a la suma de $220.652 la cual reajustada anualmente asciende a la suma de $1.808.603,00 para el año 2014 como se detalla en el cuadro relacionado a continuación, suma inferior a la reconocida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia que correspondió a $2'176.878,12 para dicha anualidad, razón por la cual, contrario a lo concluido por el a quo, no hay diferencias que reconocer a favor del demandante y por ende, no hay lugar a reconocer la reliquidación pensional a su favor.

Año	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***
1992	*26,00%*	*$ 220.652,00*
1993	*25,13%*	*$ 276.102,00*
1994	*22,60%*	*$ 338.501,00*
1995	*22,59%*	*$ 414.968,00*
1996	*19,46%*	*$ 495.721,00*
1997	*21,63%*	*$ 602.945,00*
1998	*17,68%*	*$ 709.546,00*
1999	*16,70%*	*$ 828.040,00*
2000	*9,23%*	*$ 904.468,00*
2001	*8,75%*	*$ 983.609,00*
2002	*7,65%*	*$ 1.058.855,00*
2003	*6,99%*	*$ 1.132.869,00*
2004	*6,49%*	*$ 1.206.392,00*
2005	*5,50%*	*$ 1.272.744,00*
2006	*4,85%*	*$ 1.334.472,00*
2007	*4,48%*	*$ 1.394.256,00*
2008	*5,69%*	*$ 1.473.589,00*
2009	*7,67%*	*$ 1.586.613,00*
2010	*2,00%*	*$ 1.618.345,00*
2011	*3,17%*	*$ 1.669.647,00*
2012	*3,73%*	*$ 1.731.925,00*
2013	*2,44%*	*$ 1.774.184,00*
2014	*1,94%*	*$ 1.808.603,00*

Son suficientes los anteriores argumentos para REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por lo que se declaran probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada. Las COSTAS de primera instancia quedarán a cargo de la parte demandante. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por el demandante ÁLVARO EFRAÍN PINZÓN HERNÁNDEZ y **ABSOLVER** de las mismas al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por la demandada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **12 2017 00367 01**
Demandante:	JOSÉ RODRIGO VELÁSQUEZ GIRALDO
Demandados:	PROTECCIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO COLPENSIONES

Magistrada Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el MINISTERIO DE HACIENDA y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2020. Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de Consulta, como quiera que las pretensiones fueron adversas a los intereses de LA NACIÓN-

MINISTERIO DE HACENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor JOSÉ RODRÍGO VELÁSQUEZ GIRALDO presentó demanda en contra de LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene al MINISTERIO DE HACIENDA emitir a su favor el bono pensional y se ordene a PROTECCIÓN S.A. reconocer, ordenar y pagar la devolución de los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual.

De manera subsidiaria, se condene a COLPENSIONES al pago de la indemnización sustitutiva y a las demandadas a pagar la indexación sobre las sumas adeudadas.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó en síntesis que efectuó aportes a pensión a través del ISS con diferentes empresas privadas desde el 27 de abril de 1976 hasta el 1º de noviembre de 1994 y con posterioridad realizó los aportes a la AFP PROTECCIÓN. Refirió que de manera alterna efectuó cotizaciones al Magisterio por lo que le fue reconocida una pensión de jubilación mediante resolución 00819 de abril de 2006 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por aportes efectuados a entidades del Estado como docente oficial y, así mismo, la Caja nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión gracia mediante resolución 011375 de 2001.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada en legal forma la demanda, PROTECCIÓN la contestó sin oponerse a la pretensión principal, al señalar que ante la ausencia de requisitos legales para que el demandante acceda a la garantía estatal de pensión mínima, se le ofreció la devolución de los saldos depositados en su cuenta individual de ahorro pensional, como consta en la comunicación del 4 de septiembre de 2013 quedando pendiente el valor del bono pensional, sin embargo, según lo informado por la Oficina de Bonos Pensionales del MINSITERIO DE HACIENDA, el señor JOSÉ RODRÍGO VELÁSQUEZ no tiene derecho al mismo. En ese orden, indicó que PROTECCIÓN ya reconoció el derecho a la devolución de saldos y aclaró que la emisión, expedición, liquidación y pago del bono pensional, es de competencia exclusiva de la Oficina de Bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA, por lo cual, si dicha oficina no paga a PROTECCIÓN el bono pensional del demandante, no es posible proceder a su devolución. Formuló las excepciones que denominó: emisión del bono pensional por parte de una entidad diferente a Protección S.A., inexistencia de la obligación pretendida, y buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones toda vez que la demandante tiene aportes realizados a una entidad diferente. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno y buena fe.

A su turno, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto el señor JOSÉ RODRÍGO VELÁSQUEZ GIRALDO, está reportado activo como afiliado y pensionado del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como beneficiario de una pensión de jubilación, quien se afilió erradamente al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN el día 6 de marzo de 2000 por hacer parte del régimen exceptuado

de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. De otro lado, refirió que el beneficio del bono pensional se financia con los recursos públicos de la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, emitiéndose por tanto un "título de deuda pública" y, en consecuencia, los afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no pueden acceder al mismo, situación que iría en contravía de lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia. Formuló la excepción que denominó violación al principio de inescindibildiad de la ley.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 08 de junio de 2020, DECLARÓ que el señor JOSÉ RODRIGO VELÁSQUEZ GIRALDO es beneficiario de la devolución de saldos del régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al articulo 66 de la Ley 100 de 1993, CONDENÓ a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- Oficina de Bonos Pensionales en cuota parte con el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES a la emisión, expedición y pago del bono pensional a favor del demandante JOSÉ RODRÍGO VELÁSQUEZ GIRALDO por los tiempos prestados y cotizados al ISS desde el 27 de abril de 1976 hasta el 1º de noviembre de 1994, CONDENÓ a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PPÚBLICO y a COLPENSIONES a hacer la transferencia del valor correspondiente al bono pensional tipo A con cargo a la cuenta de ahorro individual del demandante administrado por PROTECCIÓN y, una vez se hubiesen consignado los valores, ORDENÓ a PROTECCIÓN a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor. ABSOLVIÓ a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y CONDENÓ en costas al MINISTERIO DE HACIENDA y a COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 las prestaciones del sistema general de pensiones son compatibles con las prestaciones propias del Magisterio. Por otra parte, que no se pone en

discusión que conforme al artículo 128 de la Constitución Nacional no es posible recibir dos asignaciones del erario público, sin embargo, asentó que si bien el fondo de pensiones del régimen de prima media es de naturaleza publica, ello no lo hace necesariamente destinado con cargo a recursos provenientes del erario público. Reiteró entonces que no existe incompatibilidad entre el bono pensional y la pensión reconocida al demandante pues conforme al artículo 279 de la ley 100 le era válido al actor prestar sus servicios en entidades privadas para una eventual pensión en el ISS con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al RAIS a través de un bono pensional, teniendo en cuenta además que el tiempo computado por la Secretaría del Distrito con el cual se reconoció la pensión de jubilación, no es el mismo cotizado al sistema general de pensiones con empleadores privados. Finalmente asentó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS en donde se le concedió la devolución de saldos y por ende queda pendiente de emitir, expedir y pagar el bono pensional.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO interpuso el RECURSO DE APELACIÓN tras considerar que el bono pensional es una prestación con cargo al tesoro nacional con dineros del erario público, advirtiéndose que a la fecha el demandante se encuentra afiliado y pensionado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pensión que es también con cargo a la Nación, por lo que el fallo es contrario a derecho toda vez que deja de lado el precepto del artículo 128 de la Constitución Política, además que la afiliación efectuada por el demandante al RAIS es errada conforme a lo contemplado en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 el cual establece que los dos regímenes están exceptuados por lo que no puede haber simultaneidad de aportes.

La apoderada de COLPENSIONES interpuso igualmente recurso de alzada, tras aducir que dicha entidad no es la llamada a efectuar el pago del bono pensional, como quiera que la encargada de tramitar esa solicitud es la administradora de

pensiones en la cual se encuentra afiliado el demandante, por lo que COLPENSIONES carece de legitimación en la causa por pasiva. Refirió que al momento del traslado se transfirieron todos los aportes y dineros a que hubiera lugar a la administradora de fondos privados y, en ese orden, quien tiene la obligación de responder por la devolución de saldos es PROTECCIÓN o el MINISTERIO DE HACIENDA a efectos de emitir el bono pensional Tipo A.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente COLPENSIONES aportó alegatos de conclusión dentro del término legal, que obran por escrito en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el señor JOSÉ RODRIGO VELÁSQUEZ GIRALDO a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual que administra PROTECCIÓN S.A. con la inclusión del valor del bono pensional que debe ser emitido y redimido por la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que al señor JOSÉ RODRÍGO VELÁSQUEZ GIRALDO le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 10 de septiembre de 2004 por parte del FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por sus 20 años de servicios o más prestados como docente nacionalizado. Que mediante resolución No. 011375 del 7 de mayo de 2001 la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 12 de abril de 2001 por los tiempos laborados en el Distrito Capital – Bogotá desde el 7 de abril de 1980 hasta el 08 de noviembre de 2000 en el cargo de docente (folios 23 al 28).

De otro lado, se advierte que el actor cotizó un total de 804,57 semanas al extinto ISS hoy COLPENSIONES entre el 27 de abril de 1976 y el 1º de noviembre de 1994 conforme se relaciona en el reporte de semanas cotizadas visible a folio 30, que se trasladó al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN el 06 de marzo de 2000 según formulario de afiliación de folio 60, administradora que mediante comunicación del 4 de septiembre de 2013 le informó al demandante que no procede el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, por lo que le reconoció la prestación económica subsidiaria de devolución de saldos de los aportes efectuados por valor de $45’849.315 quedando pendiente el pago de los bonos pensionales hasta la fecha de redención normal (folios 64 y 65).

PREMISAS NORMATIVAS

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala tiene en cuenta las siguientes normas y jurisprudencias:

Artículos 115 y 121 de Ley 100 de 1993:

> *“ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:
a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
(…)
PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.

"ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. *La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.*

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.

Artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

"Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de

la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida"

En sentencia SL 2649 - 2020 con ponencia del Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló:

"(…) E*n virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al tener el estatus de docente oficial y encontrarse excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.*

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL451-2013, en la que adoctrinó:

"En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional".

Asimismo, en la misma providencia antes referida, se indicó que por virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994 en el caso de profesores, existe la posibilidad de efectuar cotizaciones al sector privado en los siguientes términos:

Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son

aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En cuanto a dicho postulado, la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo."

En sentencia con radicado 37.453 del 06 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza, se dejó por sentado:

"Al respecto, conviene precisar que esta Sala de la Corte tiene definido, de tiempo atrás, que los recursos para el pago de las prestaciones derivadas del Sistema General de Pensiones no provienen del tesoro público. Así se pronunció en la sentencia de 27 de febrero de 2003, radicación 19508, en la que expresó lo que a continuación se transcribe:

"A pesar de que los cargos segundo y tercero se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

"Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

"Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es la de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones, como lo determina el artículo 283 de Ley 100 de 1993.

"De los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos. Por esta razón es que las normas de la Ley 100 de 1993 que regulan el Fondo de Solidaridad Pensional (artículo 25) o el régimen de prima media con prestación definida, (artículo 52) o el de ahorro individual con solidaridad (artículo 90), sólo le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos…"

Igualmente, el artículo 13 de la Ley 100 de1993 establece en su literal m):

"*CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala que tal como lo ha precisado nuestro órgano de cierre, basta con remitirse al contenido del inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993 para advertir que las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por ende las prestaciones a su cargo son compatibles con pensiones u otra clase de remuneración.

Así las cosas y en los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la prestación de servicios docentes, son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993 en cualquiera de sus regímenes.

De lo anterior se desprende que la obligación de realizar aportes al sistema pensional en situaciones como la que se decide en esta oportunidad, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellas se deriven cuando la ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones, siempre y cuando, su pago no transgreda la prohibición del artículo 128 de la Constitución Nacional para devengar doble asignación del tesoro público.

Ahora bien, frente a la prohibición constitucional, argumento principal del recurrente, se ha de precisar que la pensión de jubilación que se percibe por servicios prestados al sector público y la devolución de saldos con inclusión del bono pensional como consecuencia de los aportes efectuados al régimen de prima media con prestación definida, resultan compatibles siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a empleados particulares ante el extinto ISS, pues se trata de asignaciones que tienen una fuente diferente y, en ese orden, su reconocimiento no transgrede la norma constitucional.

Asimismo, se reitera lo sentado por nuestro máximo órgano de cierre cuando refiere que los dineros del ISS, hoy Colpensiones, no se consideran provenientes del tesoro público, sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, sumado al hecho que los recursos a través de los cuales se financian las prestaciones del régimen de prima media tienen una naturaleza parafiscal y en ese sentido están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación ni a las entidades que lo administran, como lo establece el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y lo ha dejado sentado de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden, las prestaciones económicas que percibe actualmente el demandante como consecuencia del tiempo cotizado como docente en el ramo de la educación pública, son compatibles con las prestaciones o indemnizaciones que se generen por el tiempo cotizado a COLPENSIONES como trabajador del sector privado, reconocido en este caso a través de la emisión del bono pensional y el cual hace parte de la devolución de saldos a que tiene derecho.

En ese orden, de la historia laboral de Colpensiones señalada en las premisas fácticas, se advierte que las cotizaciones efectuadas por el señor JOSÉ RODRIGO VELÁSQUEZ GIRALDO se realizaron con los empleadores privados CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE, PARROQUIA NUESTRA SRA LA NATIVIDAD y el “INST ANT DE EDUCACIÓN” y que, por ende, se trató de cotizaciones diferentes al tiempo de servicios y aportes que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que se itera es claramente procedente con la emisión del bono pensional.

Bajo ese entendido, se observa entonces que el actor cumple con los requisitos para el bono pensional tipo A modalidad 2, reclamado en la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 115 de la ley 100 de 1993, esto es, haber efectuado cotizaciones al extinto ISS hoy COLPENSIONES por un total superior a 150 semanas antes del traslado, lo cual se comprueba con el “reporte

de semanas cotizadas en pensiones" de COLPENSIONES el cual da cuenta que el demandante cotizó un total de 805 semanas a esa administradora.

Por otra parte, considera la Sala que la orden impartida por el juez de primera instancia no resulta correcta por cuanto además del MINISTERIO DE HACIENDA, condenó a COLPENSIONES a realizar la transferencia del valor correspondiente del bono pensional con cargo a la cuenta de ahorro individual del demandante administrada por PROTECCION, obligación que recae única y exclusivamente en la OFINCIA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA, de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, toda vez que se trata de tiempos cotizados al ISS hoy COLPENSIONES y, conforme la norma anterior, es el MINISTERIO el que asume tal responsabilidad, en ese orden se modificará la condena impuesta en el numeral tercero de la sentencia impugnada, lo anterior, sin perjuicio de la información y/o documentación y trámites internos que deba adelantar COLPENSIONES frente a la OFICINA DE BONOS PENSIONALES a efectos que se de cumplimiento a la orden impartida.

Conforme a lo expuesto hay lugar a modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y CONFIRMARLA en todo lo demás. COSTAS en esta instancia a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA en la suma de $300.00 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 08 de junio de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de ABSOLVER a COLPENSIONES de realizar la transferencia del valor correspondiente al bono pensional a la cuenta de ahorro individual del demandante administrado por PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral sexto en el entendido que no hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES y su pago estará a cargo únicamente en cabeza del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de impugnación y consulta.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en la suma de $300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **15 2017 00392 01**
Demandante:	BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE
Demandados:	COLPENSIONES
Vinculados:	FIDUAGRARIA y MINISTERIO DEL TRABAJO

Magistrada Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y COLPENSIONES, así como a desatar el grado jurisdiccional de consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE interpuso demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó la demandante que nació el 7 de mayo de 1956, es beneficiaria del régimen de transición y alcanzó la edad de 55 años en el 2011, data en la que contaba con más de 1200 semanas cotizadas. Que realizó sus primeros aportes con su tarjeta de identidad No. 011417951 desde 1972 hasta 1975 los cuales no se ven reflejados en su historia laboral, que trabajó para el empleador RAUL MORA MARTÍNEZ desde febrero de 1975 hasta el 31 de julio de 1977 y estuvo vinculada al Fondo de Solidaridad Pensional del Régimen Subsidiado en pensión del 1º de octubre de 2002 hasta el 1º de febrero de 2015 sin que el Estado cancelara el subsidio correspondiente desde el mes de mayo hasta diciembre de 2012. Por otra parte, señaló que luego de haberse retirado del fondo de solidaridad pensional, realizó aportes a través de la planilla “Y” desde junio de 2015 hasta febrero de 2017 de los cuales hacen falta los meses de marzo, junio, julio, septiembre y diciembre de 2016 en la historia laboral de Colpensiones, refiriendo de este modo que la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas en pensiones al momento de estudiar el derecho pensional.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones al aducir que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez al no tener la densidad mínima para ser beneficiaria del régimen de transición. Formuló las excepciones de fondo que denominó: prescripción y caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno y buena fe.

De otro lado, el despacho ordenó integrar a la litis al CONSORCIO COLOMBIA MAYOR administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, entidad que se notificó en legal forma y contestó la demanda oponiéndose a la pretensión quinta al referir que se ha dado cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones legales y reglamentarias. Propuso las excepciones de fondo denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de girar subsidios adicionales a los legalmente establecidos, compensación y prescripción. Posteriormente se tuvo como sucesor procesal del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013 a la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.

Así mismo, se ordenó la vinculación al MINISTERIO DE TRABAJO como litisconsorte necesario, entidad que luego de ser notificada en legal forma, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones toda vez que la demandante no prestó sus servicios a dicha entidad, en consecuencia, las pretensiones encaminadas a que se le reconozcan aportes a seguridad social deben ser atendidos por quien fungió como empleador y, en el caso de aporte a pensión subsidiado, se debe adelantar el respectivo trámite de cobro por parte de Colpensiones. Formuló las

excepciones de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación respecto al pago de aportes por parte del fondo de solidaridad pensional, prescripción y pago de lo no debido.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de junio de 2020 CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de vejez a partir del 1º de abril de 2017 en un monto correspondiente al salario mínimo legal vigente para cada año, el cual se pagará en catorce mesadas pensionales al año, con los reajustes legales, el retroactivo o mesadas pensionales causadas desde el 1º de abril del año 2017 debidamente indexados y actualizados, con la autorización de los descuentos con destino al subsistema general de salud, condenó en costas a COLPENSIONES, ABSOLVIÓ a las demandadas CONSORCIO COLOMBIA MAYOR representada por FIDUAGRARIA S.A. y al MINISTERIO DE TRABAJO frente a las cuales declaró las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra respecto de los intereses moratorios y AUTORIZÓ a COLPENSIONES para que conforme al Acuerdo 27 de 1993, descuente del retroactivo pensional de la demandante o compense lo correspondiente a las 72.93 semanas que le correspondía pagar a su empleador y que ella asumirá para efectos de garantizar su derecho pensional.

Para arribar a dicha conclusión el a quo señaló en primer lugar que respecto del periodo comprendido entre los años 1972 a 1975, sobre los cuales alega la demandante hubo omisión del empleador, no se aportó prueba alguna que respaldara tal afirmación y, por ende, no hay lugar a tenerlos en cuenta para el estudio pensional. Respecto al segundo periodo correspondiente a febrero de 1975 al 31 de julio de 1977 con el empleador RAÚL MORA MARTÍNEZ, señaló

que se acreditan en la historia laboral tan solo los periodos del 29 de julio de 1975 hasta el 31 de agosto de 1976, punto sobre el cual existen diferentes pruebas obrantes en el expediente que enseñan diferentes extremos de la relación laboral, en primer lugar, en el reporte de la historia laboral tradicional se relaciona como fecha de ingreso el 29 de julio de 1975 y aparece como fecha de retiro el 1º de febrero de 1977 con la anotación de "deuda presunta". Igualmente, que se observa a folio 49 una afiliación con el empleador Cafam en donde se indica en el acápite correspondiente que la demandante laboró con el empleador anterior hasta el 19 de mayo de 1977 y por otra parte, obra declaración de la demandante dentro de la investigación administrativa que adelantó Colpensiones, en donde dijo que laboró con el empleador RAUL MORA desde febrero de 1975 hasta julio de 1977 como lo indican de igual manera las certificaciones laborales expedidas por la empresa, donde señala que el tiempo laborado por la actora corresponde a febrero de 1975 hasta julio de 1977, por lo que valoradas las pruebas, bajo los principios de la sana crítica y libre apreciación de la prueba, es dable dar credibilidad a lo que señaló la demandante en su versión libre y en la certificación laboral, por ende tuvo por demostrado el vínculo laboral entre la demandante y el empleador RAUL MORA desde el mes de febrero de 1975 hasta julio de 1977, razón por la cual, se deben tener en cuenta los periodos que no aparecen en la historia laboral de COLPENSIONES desde febrero hasta julio de 1975 y de septiembre de 1976 hasta julio del año 1977, para lo cual señaló que conforme al Acuerdo 27 de 1993 vigente para la época, dada la imposibilidad material de que se cancelen dichos periodos por parte del empleador, el trabajador puede asumir la obligación conforme a la voluntad que ella misma manifiesta para efectuar dicho pago.

En cuanto al segundo periodo, de mayo a diciembre de 2012 el cual aparece como "deuda por no pago de subsidio del Estado", cobra relevancia la certificación de folio 51, en donde consta que la demandante estuvo vinculada al Fondo de Solidaridad Pensional desde el 1º de octubre de 2002 hasta el 27 de octubre de 2011 y desde el 1º de mayo de 2012 hasta el 1º de febrero de 2015 por cumplimiento máximo de edad, así mismo, la demandante efectuó los pagos en

el porcentaje que le correspondía, sin embargo, la administradora no presentó ante el Estado las cuentas de cobro para dichos periodos y por ende, conforme a la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre, tal omisión no puede ser imputable a la demandante.

De otra parte, en lo que lo que tiene que ver con los periodos junio y julio de 2016 que se registran como “pago en proceso de verificación”, se advierte a folio 85, el comprobante de pago de tales periodos como independiente por lo que también deben ser tenidos en cuenta para el estudio pensional, y en conclusión, de las 1.200 semanas que obran en la historia laboral de la demandante se deben adicionar las 72,93 semanas por la mora del empleador RAUL MORA MARTÍNEZ y la omisión en el cobro por parte de Colpensiones, las 34,32 semanas por la falta de gestión de la administradora ante el Consorcio Colombia Mayor y por último las 8,57 semanas de los dos periodos como independiente de la demandante, para un total de 1312 semanas.

Por otra parte, concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por tener 37 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, cumplió 55 años de edad el 7 de mayo de 2011 y tenía más de 1.000 semanas para dicha data, por lo que cumple los presupuestos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra del numeral sexto de la sentencia que autorizó descontar el pago de las 72.93 semanas que correspondía al empleador a cargo de la demandante, toda vez que para el momento en que COLPENSIONES inició la investigación administrativa la empresa se encontraba en estado activo y en ese orden, fue ella quien debió efectuar el pago de los periodos en mora, además que corresponde a una carga desproporcionada que

se le impone a la demandante por una falta de Colpensiones, administradora que debió iniciar el cobro coactivo de dichos aportes.

De otro lado, COLPENSIONES interpuso recurso de alzada a fin que se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta el período comprendido entre 1975 y 1977 no debe tenerse en cuenta, toda vez que una cosa es la mora patronal y otra es la no afiliación al sistema por parte del empleador y, en ese caso, al no haber afiliación no hay responsabilidad de la administradora de pensiones, sin que haya lugar a tener en cuenta tales periodos.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes COLPENSIONES y FIDUAGRARIA presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal, los cuales obran dentro del expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Deben incluirse en el conteo de semanas cotizadas por la señora BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE el periodo laborado con el empleador RAUL MORA MARTÍNEZ desde febrero de 1972 hasta el 31 de julio de 1977, los periodos comprendidos entre el mes de mayo y diciembre de 2012 correspondiente al régimen subsidiado y los ciclos de marzo, junio, julio, septiembre y diciembre de 2016 como trabajadora independiente?

PREMISAS FÁCTICAS

Revisada la documental aportada al plenario, se advierte, en primer lugar, que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones de COLPENSIONES actualizado al 28 de febrero de 2017, la demandante cuenta con un total de 1.191,71 semanas entre el 29 de julio de 1975 y el 28 de febrero de 2017.

De otro lado, la demandante estuvo afiliada al sistema de pensiones con el empleador RAUL MORA MARTÍNEZ con fecha de ingreso el 29 de julio de 1975 y fecha de retiro el 1º de febrero de 1977 conforme se refleja en la historia tradicional del extinto ISS, así mismo, se relaciona que el empleador pagó aportes hasta el 31 de agosto de 1976, con deudas en los periodos posteriores (septiembre de 1976 al 1º de febrero de 1977), sin embargo, se observa en el reporte de semanas cotizadas de COLPENSIONES de folios 14 a 19, que ya no aparece el periodo en mora comprendido desde septiembre de 1976 hasta el 1º de febrero de 1977. Así mismo, obra a folio 44 certificación en la cual consta que la señora BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE trabajó para la empresa RAUL MORA M. – Papelería, Tipografía, Litografía desde febrero de 1975 hasta julio de 1977.

De otro lado se advierte que, de conformidad con la certificación expedida por el Fondo de Solidaridad – Colombia Mayor de fecha 18 de febrero de 2016 visible a folio 51, la actora estuvo vinculada al programa desde el 1º de octubre de 2002 hasta el 27 de julio de 2011 y desde el 1º de mayo de 2012 hasta el 1º de febrero de 2015, por el cumplimiento del tiempo máximo para subsidiar. En ese orden, se advierte en el reporte de semanas cotizadas que los periodos de mayo hasta diciembre de 2012, en los cuales la actora se encontraba afiliada al régimen subsidiado, aparecen en “ceros” bajo la observación de “Deuda por no pago del subsidio del Estado”, advirtiéndose que la actora sí realizó el pago de sus aportes.

Finalmente, revisada la historia laboral de la actora se advierte que los periodos de marzo, junio, julio y diciembre de 2016 aparecen en ceros con la observación

"Pago en proceso de verificación", frente a lo cual se aportaron las planillas de pago de dichos periodos a folios 82, 85, 86 y 91.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 33 de la ley 100 de 1993 Parágrafo 1o. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

…d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador…

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Inciso final del artículo 17 del decreto 3798 de 2003: *En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el decreto 1887 de 1994.*

En cuanto a la diferencia entre las figuras de la mora en el pago de aportes y la omisión de afiliación al sistema general de pensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020 con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán señaló:

"…En efecto, tal y como lo señaló el Tribunal, a partir de varias sentencias como las CSJ SL9856-2014, SL17300-2014 y CSJ SL14388-2015, esta sala de la Corte ha diferenciado efectivamente los contextos de mora en el pago de los aportes, con los de falta de afiliación del trabajador, y ha precisado que mientras en el primer caso las semanas pueden ser convalidadas para el afiliado, si el respectivo fondo de pensiones no acredita el ejercicio de las acciones de cobro, en el segundo lo que resulta preciso es demostrar la existencia de un empleador omiso en la afiliación, para obligarlo a trasladar a la correspondiente administradora el valor de un cálculo actuarial, correspondiente a los periodos omitidos.

En reciente sentencia CSJ SL4021-2019, la Corte reiteró al respecto:

> *Con todo, valga recordar que la decisión del colegiado no se aleja de la jurisprudencia de esta Sala de Casación que ha resaltado las diferencias entre «mora» en el pago de aportes y «falta de afiliación», expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador. En el primer caso, se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el pago de las cotizaciones se trasladen al afiliado, si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondientes.*
>
> *En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no*

existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.

Descendiendo al caso se tiene que tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema.
(…)
Ahora bien, resulta necesario reiterar que la circunstancia anotada, esto es, la falta de reporte de ingreso de la trabajadora por parte de su empleadora, no genera la pérdida del derecho a la pensión, lo que sucede es que ante tal omisión, se debe incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del cálculo actuarial representado por un bono o título pensional, según el caso, como así se le advirtió a la actora al resolver la solicitud de corrección de historia laboral el 27 de mayo de 2015, mediante comunicación visible a folio 43.

De otro lado, respecto de los periodos del régimen subsidiado en pensiones, se indicó en la sentencia SL13542-2014 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón:

"En ese orden, lo que se observa es que la parte subsidiada del aporte no fue realmente sufragada por la entidad que tenía a su cargo el pago, omisión que, desde luego, no puede perjudicar al afiliado, tal cual lo adoctrinó esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL 4403-2014, radicado 50051, de 2 de abril de 2014:

Como consideraciones de instancia, a más de las esgrimidas al desatarse el recurso de casación, es pertinente añadir, que los afiliados a las administradoras de pensiones no tienen por qué asumir la carga de los errores u omisiones cometidos en el procedimiento de recaudo de los aportes…"

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, advierte la Sala en primer lugar que si bien la demandante laboró para el empleador RAUL MORA MARTÍNEZ desde febrero de 1975 hasta julio de 1977 según certificación laboral, lo cierto es que, conforme a la historia laboral tradicional del ISS, la señora BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE fue afiliada al sistema general de pensiones por dicho empleador desde el 29 de julio de 1975 y, en ese orden, el periodo anterior a dicha data, esto es, entre el 1º de febrero y el 28 de julio de 1975 no podía tenerse en cuenta para efectos del estudio pensional, toda vez que el a quo abordó el tema a partir de la mora del empleador en el pago de los aportes en pensiones, cuando lo que en realidad aconteció en lo que respecta a dicho periodo, fue la falta de afiliación de la trabajadora, por lo que la administradora de pensiones no tenía la obligación de efectuar el cobro coactivo ante la ausencia de vinculación de la señora MANCERA DE OVALLE, en su defecto, correspondía a la demandante llamar a juicio al empleador o a quien lo represente a fin que efectúe el respectivo pago del cálculo actuarial, única forma para que pudiera ser tenido en cuenta el período referido en el conteo de las semanas cotizadas, razón por la cual, no hay lugar a incluir las semanas comprendidas entre el mes de febrero y el 28 de julio de 1975.

Ahora, partiendo de la base que en el reporte de semanas de COLPENSIONES tan solo se tienen en cuenta los periodos cotizados con el empleador RAUL MORA desde el 29 de julio de 1975 hasta el 31 de agosto de 1976, sí resulta viable incluir los tiempos faltantes comprendidos entre el mes de septiembre de 1976 y el 1º de

febrero de 1977 correspondientes a 21,57 semanas, fecha última en la que se reportó la novedad de retiro con el empleador RAUL MORA MARTÍNEZ según la historia laboral tradicional del extinto ISS, los cuales se registran en mora, pues era obligación de la administradora de pensiones adelantar las acciones de cobro correspondientes a fin de obtener el pago de los aportes, situación que no puede ser atribuible al afiliado y por tanto, se deben contabilizar para el estudio pensional correspondiente. Ahora, con posterioridad a la novedad de retiro ocurrido el 1º de febrero de 1977 tampoco recaía en cabeza de la administradora adelantar las acciones para perseguir el pago de los aportes pues el empleador reportó la finalización de la relación laboral y, en ese orden, no hay lugar a endilgar responsabilidad a la administradora con posterioridad a la referida data como lo hizo el juez de primera instancia, razón por la cual el período del 2 de febrero al 29 de julio de 1977 no debe incluirse en el conteo de semanas, pues para ello debió el empleador efectuar el correspondiente pago del cálculo actuarial ante la ausencia de afiliación, por lo que se concluye que solo es viable incluir las semanas en mora correspondientes a los ciclos de septiembre de 1976 y hasta el 1º de febrero de 1977 equivalentes a 21,57 semanas.

En otro punto, se advierte que los periodos reportados en ceros por la mora en el pago de aportes en el régimen subsidiado a cargo del Estado, también deben incluirse en el conteo a fin de estudiar el derecho pensional reclamado por la demandante, pues se advierte que la actora desde mayo hasta diciembre de 2012 efectuó el aporte que le correspondía en cada ciclo, sin que la omisión por parte de las entidades encargadas de cubrir el subsidio pueda ser una situación perjudicial a los intereses de la afiliada tal como lo ha precisado la línea jurisprudencial al respecto y, en ese orden, hay lugar a sumar 34,28 semanas en el conteo final.

Por último, tal como lo señaló el a quo, no existen razones para excluir el pago efectuado como independiente realizado por la demandante en los ciclos de junio y julio de 2016, así como los pagados en marzo, septiembre y diciembre del mismo

año, en tanto que se allegó el pago efectuado dentro del término para dichos periodos, equivalentes a 21,42 semanas.

Así las cosas, a las 1.191,71 semanas relacionadas en el reporte de semanas cotizadas se deben sumar 21,57 semanas en mora por parte del empleador RAUL MORA MARTÍNEZ; 34,28 semanas de mora a cargo del Estado por aportes en el régimen subsidiado y 21,42 semanas canceladas como trabajadora independiente para un total de 1.269 semanas.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año o en su defecto, conforme a la Ley 100 de 1993?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante nació el 7 de mayo de 1956 por lo que al 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años de edad. De otro lado, conforme se concluyó en líneas anteriores cuenta con un total de 1.269 semanas cotizadas.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

> *"RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la*

edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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.

El parágrafo transitorio 4° del acto legislativo 01 de 2005, que entró a regir el 29 de julio de ese año dispone:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, 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

De conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para obtener la pensión de vejez, se requiere haber cumplido 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, además de haber cotizado mínimo 500 semanas en los últimos 20 años con anterioridad a cumplir la edad para la pensión, o haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo.

Por otra parte, el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 establece:

"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 1o. 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 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

CONCLUSIÓN

Atendiendo a las anteriores premisas fácticas y normativas se concluye que la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 toda vez que contaba con más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y, como quiera que el cumplimiento de los 55 años los alcanzó en el 2011, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, se debe analizar si para el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 acreditó por lo menos 750 semanas, análisis que echó de menos el juez de primera instancia, advirtiéndose tan solo un total de 727 semanas para dicha data, es decir, que no conservó el régimen de transición ante la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y por ende no hay lugar a efectuar el estudio pensional conforme a las normas anteriores.

En ese orden, se procede a estudiar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, advirtiéndose que para el 7 de mayo de 2011, data en la cual la demandante cumplió 55 años de edad, contaba con un total de 1.017,71 semanas, es decir, menos de las 1.200 exigidas para el año 2011, como tampoco cuenta con las 1.300 requeridas a partir del año 2015, conforme lo exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues se itera la señora BLANCA NELLY MANCERA cuenta con un total de 1.269 semanas incluidas aquellas que no fueron tenidas en cuenta según se estudió de manera primigenia.

Conforme a lo dicho, no queda otro camino que REVOCAR la decisión de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que, pese a la inclusión de los periodos señalados, la demandante no conservó el régimen de transición y tampoco alcanzó la densidad de semanas exigidas en el sistema general de pensiones para adquirir el derecho pensional reclamado. En consecuencia, resulta inane estudiar el recurso de apelación de la parte actora de cara a la conclusión señalada.

En ese orden, dadas las resultas del proceso, en esta oportunidad procesal se deberá declarar probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por COLPENSIONES, con la consecuente absolución de las entidades vinculadas al proceso.

Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

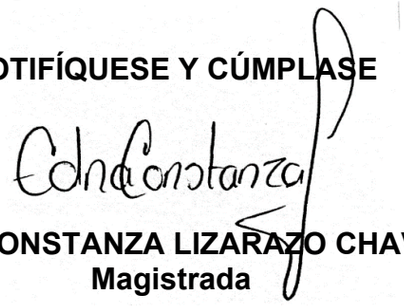
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar NEGAR las pretensiones formuladas por la señora BLANCA NELLY MANCERA DE OVALLE y ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a las vinculadas FIDUAGRARIA y MINISTERIO DE TRABAJO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera quedan a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020