

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ-
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, Mayo quince (15) de dos mil veinte (2020).

REFERENCIAS:

Radicación: 11001-3335-007-2018-00292-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES
Demandado: JAIRO LUÍS BARONA
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LESIVIDAD

SENTENCIA No. 037

Procede el Despacho, a proferir Sentencia de Primera Instancia, dentro del proceso promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contra el señor **JAIRO LUÍS BARONA**.

I. ANTECEDENTES

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda contra el señor **JAIRO LUÍS BARONA**.

1. Pretensiones

“Que se declare la Nulidad de la Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013, proferida por COLPENSIONES, mediante la cual resuelve reconocer y pagar una indemnización sustitutiva a favor del señor BARONA JAIRO LUIS, por valor de \$1,844,639.00., prestación ingresada en nómina del periodo 201304 que se paga en el periodo 201305.

Lo anterior, se solicita sea despachado favorablemente, al evidenciarse en el Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que el asegurado se encuentra actualmente percibiendo una prestación por el MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, reconocida el 07 de marzo de 2008.

Siendo incompatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en la Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013, con la prestación reconocida por el MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, para lo cual, es preciso remitirse al artículo 17 de la ley 549 de 1999.

Con base en lo anterior a título de restablecimiento de derecho:

2. Se declare que el señor JAIRO LUIS BARONA, no tiene derecho a la indemnización sustitutiva de

la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, al determinarse la incompatibilidad pensional con la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

3. Se ordene al señor JAIRO LUIS BARONA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, la devolución de lo pagado por concepto de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados de la Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013.

4. Las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, deberán ser indexadas con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda." (sic).

2. Hechos

Las anteriores pretensiones, tienen como fundamento los siguientes hechos:

"1. Mediante Resolución 556 de 07 de marzo de 2008, el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, reconoce una pensión proporcional de jubilación a favor del señor BARONA JAIRO LUIS.

2. El señor BARONA JAIRO LUIS solicitó el 21 de agosto de 2012 el reconocimiento y el pago de indemnización sustitutiva radicada bajo el No 20126800384226.

3. El señor BARONA JAIRO LUIS acredita 267 semanas.

4. Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013, proferida por COLPENSIONES, mediante la cual resuelve reconocer y pagar una indemnización sustitutiva a favor del señor BARONA JAIRO LUIS, por valor de \$1, 844,639.00. Prestación ingresada en nómina del periodo 201304 que se paga en el periodo 201305.

5. El señor BARONA JAIRO LUIS, solicitó el 14 de abril de 2015 el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

6. Bajo radicado BZ2015_3281790-2925547, el 24 de octubre de 2015, COLPENSIONES solicita autorización al señor BARONA JAIRO LUIS para revocar la Resolución GNR 059511 de 13 de abril de 2013.

7. Mediante Resolución GNR 339822 de 29 de octubre de 2015, resuelve negar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez por cuanto el señor no causa su derecho con régimen de transición, ni con ley 797 de 2003.

8. Se remite el Acto Administrativo Resolución GNR 339822 de 29 de octubre de 2015 a la Vicepresidencia Jurídica, toda vez el peticionario faltó a la verdad bajo la gravedad del juramento en manifestación realizada ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) de fecha 01 agosto de 2012 (solicitud de prestaciones económicas).

9. Superado el término de 30 días estipulado en la ley 1437 de 2011, no se allegó autorización para revocar el acto administrativo lesivo." (sic)

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

En la demanda, se indicaron como vicios de nulidad, los de **Falta de competencia, incompatibilidad pensional y violación directa de la Ley o el quebrantamiento de las normas en que debió fundarse**, señalando como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Política de Colombia.

- Decreto 1730 de 2001.
- Ley 767 de 2003.
- Ley 549 de 1999.
- Ley 100 de 1993.

Luego de transcribir apartes jurisprudenciales, de providencias del H. Consejo de Estado (**Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. 13172; Sentencia del 28 de febrero de 2008, Sección Primera**), y de la H. Corte Constitucional (**Sentencia C-255 de 2012**), así como los artículos 128 de la Constitución Política, 49 del Decreto 758 de 1999 y 13 de la Ley 100 de 1993, la entidad demandante, sostiene que la prestación reconocida mediante la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, es incompatible con la prestación que se encuentra devengando el demandado, y que le fue reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en razón que al tenor de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados o cotizados en el Sector Público y los cotizados al I.S.S., serán utilizados para financiar la pensión, de manera que no habría lugar a que tenga derecho a la indemnización reconocida y pagada.

Señala, que por lo anterior, resulta claro, que jurídicamente no es procedente acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en razón de su incompatibilidad legal manifiesta, y tampoco es viable acceder a la devolución de valores por concepto de cotizaciones efectuadas con destino a pensión, ya que se debe tener en cuenta, que el régimen pensional, al ser solidario, implica que todos los aportes efectuados por los afiliados, sirven de sustento para mantener el sistema, y financiar las pensiones, todo esto, dentro un fondo prestacional común.

Por las anteriores razones, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

4. Trámite Procesal

La demanda presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, fue radicada ante el H. Consejo de Estado, el 20 de marzo de 2018, como se observa en el Acta Individual de Reparto visible en el folio 18 del expediente; Corporación, que mediante Auto del 17 de mayo de 2018, ordenó a la entidad demandante adecuar el libelo introductorio al Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en atención a que se había incoado la demanda como de Nulidad Simple, disponiendo seguidamente, declarar la falta de competencia y la remisión del expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá, para lo pertinente (fls. 20 a 22).

Habiendo sido repartida la demanda a este Despacho (fl. 44), a través de providencia del 13 de diciembre de 2018, fue admitida, y notificada al demandado, señor Jairo Luís Barona, **POR AVISO** el día 5 de marzo de 2019¹, conforme al artículo 292 del Código General del Proceso, en atención a que no fue posible notificarle de manera personal el Auto Admisorio de la demanda, dado que como él mismo lo manifestó de manera expresa, el día 25 de febrero de 2019, al establecer comunicación telefónica con la Secretaria del Juzgado, si bien había recibido la boleta de citación para tales efectos, (i) no contaba con un correo electrónico, y (ii) que por motivos económicos, ya que vive en la ciudad de Cali, no se acercaría al Despacho con ese mismo fin (fls. 58 y 59, 61, 62 a 67, 71 a 75, 88 a 91, 94 a 97, 118 y 119, 122 a 124).

4.1. Contestación de la demanda.

El señor Jairo Luís Barona, no contestó la demanda, a pesar de haber sido notificado en legal forma, **POR AVISO** el día 5 de marzo de 2019, conforme al artículo 292 del Código General del Proceso, debiéndose reiterar lo expuesto en el acápite precedente, en el sentido de que el día 25 de febrero de 2019, el referido señor le informó al Despacho, que no poseía un correo electrónico por medio del cual se pudiese surtir la notificación personal, ni tenía los medios económicos para acercarse a las instalaciones del Juzgado, dado que reside en la ciudad de Cali (fls. 62 a 67, 71 a 75, 88 a 91, 94 a 97, 118 y 119, y 122 a 124).

4.2. Audiencia Inicial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., la Audiencia Inicial se llevó a cabo el día 8 de noviembre de 2019, en la cual se surtió el trámite legal, y se decretaron pruebas de oficio, dado que las partes no solicitaron su decreto y práctica, fijándose fecha para la Audiencia de Pruebas (fls. 134 a 138).

4.3. Audiencia de Pruebas.

El 17 de enero de 2020, se realizó la Audiencia de Pruebas, regulada en el artículo 181 del C.P.A.C.A.², oportunidad en la cual se incorporaron formalmente al expediente los documentos aportados, a los cuales se les dio el valor legal correspondiente y quedaron a disposición de las partes. Así mismo, se prescindió de la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento, en virtud de lo contemplado en el inciso final del artículo 181 del

¹ El demandado, vía telefónica, aceptó que el día 1° de marzo de 2019, recibió la comunicación de notificación por aviso, de manera que conforme al artículo 292 del Código General del Proceso, la misma se debe entender "surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino."

² Folios 163 a 166.

C.P.A.C.A., ordenándose a las partes que presentaran los alegatos de conclusión por escrito, dentro de los 10 días hábiles siguientes, a partir de la fecha de la diligencia de pruebas, y se dispuso que en el mismo término el Ministerio Público, podría presentar su concepto, si a bien lo tuviere.

4.4. Alegatos de Conclusión.

Vencido el término concedido, la entidad demandante, presentó alegatos de conclusión. El demandado no presentó alegatos. El Ministerio Público, no rindió concepto.

4.4.1. Por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES (fls. 150 a 152): La apoderada de la parte demandante, indica que el objeto debatido en el presente proceso, se centra en la discusión de la incompatibilidad pensional que genera la duplicidad de reconocimientos prestacionales, en favor del señor Jairo Luís Barona, esto es, la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, mediante la Resolución No. 556 del 7 de marzo de 2008, y la indemnización sustitutiva reconocida por COLPENSIONES, a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, ambas financiadas por el tesoro público.

Indica, que la indemnización sustitutiva, en principio pudiera entenderse como un auxilio económico para el afiliado, teniendo en cuenta que contaba con la edad para pensionarse, pero no la cantidad de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho pensional, y sobre todo, porque el demandado no tenía la posibilidad financiera de continuar cotizando al sistema para adquirir su estatus, lo cierto, a su juicio, es que ese reconocimiento no procedía, pues el demandado ya contaba con una fuente de sostenimiento, producto del reconocimiento pensional otorgado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y tal prestación era financiada con los recursos de la Nación, como se desprende del Decreto 678 de 2016, que establece las reglas para la asunción de la función pensional de las zonas francas públicas.

Luego de hacer referencia a los artículos 17 de la Ley 549 de 1999 y 128 de la Constitución Nacional, señala, que resulta diáfana la inferencia, y la inviabilidad que por parte del demandado, se haya devengado simultáneamente prestaciones pensionales, que aunque distintas en su esencia y naturaleza, son idénticas en el fondo de financiación utilizado para su pago, reflejando así, la abierta incompatibilidad y afectación a la sostenibilidad del esquema de seguridad social.

II. CONSIDERACIONES

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión de este proceso. Por lo tanto, surtido el trámite legal del proceso ordinario, y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir Sentencia de Primera Instancia (artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011).

2. Problema Jurídico Planteado

Como quedo consignado en la etapa correspondiente de la Audiencia Inicial, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

¿Se encuentra ajustada a la normatividad que regula la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, mediante la cual la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, le reconoció y ordenó el pago al demandado, señor **JAIRO LUÍS BARONA**, de la suma de \$1.884.639 por el referido concepto? ¿Tiene derecho el demandado, señor **JAIRO LUÍS BARONA**, a que se le reconozca y pague la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez? O si por el contrario, se encuentra obligado a efectuar la devolución de los dineros percibidos, como consecuencia de la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez reconocida.

2.1. Tesis de la Parte demandante: La apoderada de la entidad demandante, considera que debe accederse a las pretensiones incoadas en la demanda, en razón a que se encuentra demostrado que el señor Jairo Luís Barona, para el momento en que solicita, y se le reconoce la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ya contaba con una pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de manera que resulta incompatible el recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

2.2. Tesis del Despacho: En el asunto sometido a estudio, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones que pasan a exponerse, por cuanto resulta incompatible, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, cuando el afiliado ya es beneficiario de un prestación económica con la que cubre la contingencia de la vejez, como lo son, la pensión de vejez y/o jubilación y la pensión de invalidez.

2.3. Solución al Problema Jurídico.

Para la solución del Problema Jurídico propuesto, el Despacho desarrollará los siguientes temas: i) Sobre el Acto demandado, ii) Marco Normativo aplicable a la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez y/o Jubilación, iii) Caso Concreto y Análisis Crítico de los medios de prueba, y iv) Sobre la condena en costas.

2.3.1. Sobre el Acto Administrativo demandado:

En el presente asunto, se debate la legalidad de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, mediante la cual le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, al demandado, señor Jairo Luís Barona, en cuantía de \$1.844.639.

2.3.2. Marco Normativo y Jurisprudencial aplicable a la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez y/o Jubilación.

La pensión de vejez y/o jubilación, tiene por objeto garantizar que una persona que cumple con los criterios previstos por ley, pueda retirarse de la vida laboral, sin que ello implique la suspensión de sus ingresos, ni que se vea afectada su calidad de vida y la de su familia. No obstante, en aquellos eventos en que el afiliado no cumple con los requisitos para acceder a la prestación en mención, tiene derecho a una indemnización sustitutiva para cubrir dicha contingencia³.

En efecto, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se encuentra definida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993⁴. Esta norma se dirige a aquellas personas, que estando afiliadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no cumplen con el requisito de cotización o tiempos de servicios, y por lo tanto, no les es posible acceder a una pensión de vejez, jubilación o invalidez, siendo un mecanismo para que no queden desprotegidas, frente a los riesgos de la vejez o invalidez. A la letra, la norma en comento, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. (...).”*- Resaltado por el Despacho-

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, Exp. Rad. No. 050012333000201401754 01.

⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

Sobre la figura de la Indemnización Sustitutiva, la H. Corte Constitucional, través de la Sentencia T-170 del 21 de marzo de 2017, con ponencia del Magistrado, Dr. Alejandro Linares Cantillo, la definió de la siguiente manera:

"No obstante lo anterior, a pesar de que los conceptos de indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son prestaciones que se configuran ante la imposibilidad de reconocer una pensión de vejez, y operan según el régimen como una compensación ante la no causación del derecho, son nociones que no pueden, ni deben ser confundidas por razones más allá que su semántica y uso en diferentes regímenes. Por lo que, para efectos de claridad se hace remisión a la sentencia T-100 de 2015, donde la Sala Cuarta de Revisión de tutela de esta corporación expuso que:

"(...) debe tenerse en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión constituye un método diseñado para aliviar la situación en la que se encuentran las personas que, habiendo cumplido la edad requerida para pensionarse, no logran cotizar la totalidad de las semanas exigidas en el RPMPD para obtener el reconocimiento pensional y, por diversas razones, se ven impedidas para continuar cotizando al sistema. Por otro lado, la devolución de saldos constituye en esencia lo mismo pues también fue creada como un mecanismo que pretende auxiliar a quien cotizó al sistema pensional pero por diversas razones no pudo consolidar su derecho. No obstante, difiere en parte de la indemnización sustitutiva en tanto que asegura la devolución de todos los aportes que el trabajador efectuó con fines pensionales, más sus rendimientos y no un porcentaje aproximado como ocurre en el RPMPD habida cuenta que en el RAIS las personas tienen sus cuentas individuales de ahorro y sus dineros no pasan a hacer parte de un fondo común (...) Resulta entonces claro para este Tribunal, que la devolución de saldos, al igual que la indemnización sustitutiva, constituye un auxilio económico para todas aquellas personas que, teniendo la edad para pensionarse no cuentan con el capital necesario o la cantidad de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho pensional y no tienen la posibilidad financiera de continuar cotizando al sistema para adquirir su estatus. Por tanto, dichas personas ven en esta figura legal, la posibilidad de recibir una suma de dinero en contraprestación al tiempo aportado y en sustitución de la pensión a la que pretendían inicialmente acceder, cifra de dinero que persigue, en parte, evitar la posible afectación de sus derechos fundamentales, principalmente, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas".

27. En este orden de ideas, tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva, que operan en uno u otro régimen de cotización, son prestaciones sucedáneas de la pensión de vejez, en aquellos eventos donde no obstante la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión la persona no cumple todas las exigencias requeridas para estos efectos, es decir, no hay suficiente dinero ahorrado en los fondos de pensiones privados o no se tienen suficientes semanas cotizadas en Colpensiones."
(Negritas y subrayas del Despacho)

Ahora bien, el artículo antes citado, fue reglamentado a través del Decreto 1730 de 2001, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993, referentes a la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.", en los siguientes términos:

"Artículo 1.- Causación del derecho.* Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando [con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones⁵] se presente una de las siguientes situaciones:**

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya. Sentencia 14 de abril de 2005. Expediente No. 2003-00112-01 (0477-03). El texto en corchete [***] fue declarado nulo por considerar que circunscribe el cumplimiento de la edad con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, impone una limitante que no establece la Ley."

a) Que el **afiliado** se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios par (sic) que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994⁶, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

Artículo 2.- Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

Artículo 4º. Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez el afiliado debe acreditar el estado de invalidez de conformidad con los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte del afiliado y la calidad de beneficiario por la cual se reclama.

Para acceder a la indemnización sustitutiva a la que se refiere el literal d) del artículo 1º de este decreto, el pensionado por invalidez o su grupo familiar, deberán acreditar que disfrutaban de la pensión de invalidez o sobrevivencia respectivamente, causada por un riesgo profesional, y que ésta fue concedida con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994. Los miembros del grupo familiar del pensionado por riesgo profesional fallecido, deberán acreditar además de lo antes señalado, la muerte del causante y la calidad de beneficiario en virtud de la cual reclaman.

La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información." (Negritas y subrayas del Despacho)

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, fue modificado por el artículo 1º del Decreto 4640 de 19 de diciembre de 2005⁷, en los siguientes términos:

⁶ El texto subrayado fue declarado NULO por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 24 de julio de 2017, Exp. Rad. No. 11001-03-25-000-2010-00279-00(2292-10).

⁷ "por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001."

"Artículo 1º. Modifícase el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 el cual quedará así:

"Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando **los afiliados al Sistema General de Pensiones** estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el **afiliado** se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994'.

Conforme a la norma transcrita, se concluye, que la voluntad del Gobierno Nacional, en principio, era establecer que la indemnización sustitutiva, sólo es aplicable a quienes estuvieron **afiliados** al Sistema General de Pensiones, dispuesto en la Ley 100 de 1993, y que cumplieron la edad pensional sin alcanzar las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión, sin embargo, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, en Sentencia de 11 de marzo de 2010 (Exp. Rado. 11001-03-24-000-2006-00322--00), dispuso declarar la nulidad de los términos "*afiliados*" y "*afiliado*", contenidos en el inciso 1º del literal a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y en el literal a) del Decreto 1730 de 2001, y que restringían solo a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el derecho a la Indemnización Sustitutiva, en tanto consideró, que esa limitación no estaba justificada, y que por el contrario, excluía a una parte de la población que estaría desamparada frente a las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, contrariando varios principios constitucionales. En la referida providencia, se sostuvo lo siguiente:

*"Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad (...) **dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados**, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva."*

En este mismo sentido, ya se había pronunciado la H. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Exp. Rad. T-2.356.016), mediante la Sentencia T-849 del 24 de noviembre de 2009, al precisar:

"(...) en relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en sentencia T-850 de 2008, al indicar:

"El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa".

Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 superior (...)" (Negrillas y subrayas del Despacho)

De lo anterior se desprende, que la indemnización sustitutiva, es un instrumento que suple a la pensión propiamente dicha (vejez-jubilación, de invalidez o de sobrevivientes), por las razones allí referidas, siendo por ello una prestación económica, que se reconoce a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando éstos, (i) no reúnen el número mínimo de semanas cotizadas antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, (ii) han cumplido la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, y (iii) declaran la imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

Ahora bien, el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, establece que, "*Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, **las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.**"* (Negrillas y subrayas del Despacho)

En ese orden de ideas, resulta claro, que existe incompatibilidad entre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes, no obstante, que conforme lo ha señalado la H. Corte Constitucional, puede predicarse la procedencia de, que una vez reconocida la indemnización sustitutiva, pueda con posterioridad estudiarse el reconocimiento pensional.

En efecto, ese Alto Tribunal, en la Sentencia T-207A del 25 de mayo de 2018, con ponencia del Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo, sostuvo, que el hecho de que una persona haya recibido la indemnización sustitutiva, no es impedimento para percibir una pensión de vejez que cubra de manera más amplia la mencionada contingencia, con posterioridad. En dicha providencia se puntualizó lo siguiente:

*"(...) la Sala considera que cuando un afiliado ha cumplido la edad requerida para acceder a algún beneficio pensional, pero, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas de cotización establecidas por la ley para tales efectos, emerge la posibilidad de que solicite la indemnización sustitutiva, como una de las prestaciones económicas dispuestas por el sistema de seguridad social en pensiones, siempre que aquél no pueda o no desee continuar realizando aportes para obtener la pensión. **Así pues, la indemnización sustitutiva es una de las prestaciones del sistema general de seguridad social en pensiones, a la que pueden acceder quienes hayan cumplido la edad, más no el número de semanas cotizadas requeridas para pensionarse por cualquier riesgo. Está condicionada a que el afiliado se retire del sistema de seguridad social en pensiones, esto es, que manifieste expresamente su deseo de no continuar cotizando o que, simplemente, por cualquier motivo, deje de cotizar.***

*11.3.2. **De otro lado, la indemnización sustitutiva surge como una alternativa con la que cuenta el afiliado al sistema, ya que también tiene la posibilidad de seguir efectuando los aportes necesarios para obtener la pensión respectiva. De modo que las personas que habiendo cumplido con el requisito de la edad, que no tengan las semanas requeridas para obtener la pensión, cuentan con la opción de reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando no estén en condiciones de seguir cotizando, o, en su defecto, pueden continuar cotizando al sistema para completar el número de semanas exigidas por la ley a fin de amparar con una pensión los riesgos de vejez, invalidez o muerte. De esta forma, la indemnización sustitutiva no puede ser una imposición de las administradoras de fondos de pensiones, sino una opción que válidamente puede tomar o no el afiliado.***

*11.3.3. **Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha estimado que dicho precepto no constituye una impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues sucede que hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión, y sin embargo, no se le reconoció, ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva.***

En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente.

11.3.4. De otra parte, la Sala precisa que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que

pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación. De esta forma se cumple con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social." (Negrillas y subrayas del Despacho)

La referida incompatibilidad, tiene sustento, en el artículo 128 Superior, norma que establece la prohibición de ejercer de manera simultánea, más de un empleo público y de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, así:

"ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ***ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público***, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

Por ende, tal como lo señaló el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. William Hernández Gómez, (Exp. Rad. 08001-23-33-000-2013-00462-01(3760-15), en Sentencia del 3 de mayo de 2018, acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales citados anteriormente, es claro, que la indemnización sustitutiva es procedente, cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a esa pensión, y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando, toda vez que dicha indemnización, tiene como finalidad otorgar protección a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley -edad, capital o tiempo- para adquirir el estatus de pensionado, a fin de que puedan acceder a la devolución de dineros aportados al sistema.

2.4. Caso Concreto - Análisis Crítico de los Medios de Pruebas

De conformidad con el acervo probatorio oportunamente recaudado, y atendiendo el marco normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, se encuentra demostrado lo siguiente:

- El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para dar cumplimiento a la orden judicial emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia del 3 de junio de 1998, expidió la Resolución No. 556 del 7 de marzo de 2008, mediante la cual reconoció una Pensión Proporcional de Jubilación, al señor JAIRO LUÍS BARONA, a partir del 12 de febrero de 2007, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$433.700, por los servicios prestados entre el 16 de mayo de

1979 y el 15 de abril de 1993, a la Zona Franca Industrial y Comercial "Manuel Carvajal Sinisterra" (fls. 126 y 127).

- La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, en atención a la solicitud elevada por el señor Jairo Luis Barona, el 21 de agosto de 2012, reconoció y ordenó el **pago único** de una Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, a favor del mismo, en cuantía de \$1.884.639, por los tiempos de servicios (i) entre el 27 de agosto de 1973 al 15 de marzo de 1979 y (ii) entre el 1° de noviembre de 1995 al 31 de diciembre de 2008, con sus interrupciones (fls. 128 a 129 vto.).

- La anterior suma reconocida a título de Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, fue cobrada por el señor JAIRO LUÍS BARONA, en el mes de mayo de 2014, a través del Banco BBVA (fl. 131).

- Con posterioridad, la entidad demandante, mediante la Resolución No. GNR 339822 del 29 de octubre de 2015, al resolver una solicitud elevada por el demandado, para que se reconociera una pensión de vejez, dispuso, por un lado, negar tal pretensión, en tanto no acreditó los requisitos exigidos por la ley, y en un segundo término, ordenó iniciar el proceso de cobro coactivo por la suma reconocida por concepto de Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, por cuanto sostuvo, que el señor Jairo Luis Barona, no tenía derecho a la misma, ya que tenía reconocida una prestación por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, generándose una incompatibilidad pensional, al estar prohibido percibir más de dos asignaciones que provengan del tesoro público (fls. 130 a 133 vto.).

- Mediante la Resolución No. SUB 225543 del 20 de agosto de 2019, COLPENSIONES, revocó los artículos tercero y cuarto de la Resolución No. GNR 339822 del 29 de octubre de 2015, relativos al cobro de la suma de \$1.884.639, por concepto de Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, en tanto no tenía autorización por parte del señor JAIRO LUÍS BARONA, para revocar la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, mediante la cual se reconoció la prestación económica referida (fls. 118 y 119).

Conforme a lo anterior, se encuentra demostrado en el plenario, que el demandado es beneficiario de una pensión proporcional de jubilación desde el año 2007, la cual fue reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, en ejecución de una

orden judicial, emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia del 3 de junio de 1998, que ordenó tal reconocimiento, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$433.700. Igualmente, se observa, que el 21 de agosto de 2012, solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por los tiempos de servicios cotizados ante esa entidad.

Ahora bien, el Despacho encuentra que las prestaciones económicas que le fueron reconocidas al demandado, tanto por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio como por la aquí entidad demandante, corresponden a periodos de servicios y cotización, distintos uno del otro, por lo que en principio, podría concluirse que no resultan incompatibles entre sí; por tal motivo, eventualmente el señor Jairo Luís Barona, consideró oportuno y procedente hacer la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin embargo, conforme a la normatividad y criterio jurisprudencial analizados en precedencia, es claro, que esa institución jurídica, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, pues prevé que su reconocimiento procede, **siempre y cuando no se acrediten los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de dicha pensión de vejez**. Así las cosas, dado que en el presente caso, al ser el demandado, beneficiario de la pensión proporcional de jubilación reconocida a través de la Resolución No. 556 del 7 de marzo de 2008, por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no resultaba procedente el reconocimiento efectuado por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, de la referida indemnización, máxime que como lo ha sostenido la H, Corte Constitucional, "**no es posible acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa**"⁸

El anterior criterio, tiene sustento, igualmente, en un pronunciamiento emitido por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. William Hernández Gómez, en Sentencia del 3 de mayo de 2018, que al resolver la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por un ciudadano, en contra del Departamento del Atlántico -Fondo de Pensiones Territoriales, negó las pretensiones encaminadas a que dicho ente territorial le reconociese la indemnización sustitutiva, no obstante ya ser beneficiario de una pensión de jubilación, en tanto consideró el Alto

⁸ Sala Sexta de Revisión, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T.002A del 17 de enero de 2017. Exp. Rad. No. T-5.722.635.

Tribunal, que ambas prestaciones económicas resultan incompatibles entre sí, así los aportes de una no hayan sido tenidos en cuenta para la otra, sin que se pueda hablar de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad administradora del régimen pensional, dado el principio de solidaridad que rige el mismo. A la letra, dicha providencia puntualizó lo siguiente:

"Así mismo, no es de recibo para esta Sala el argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de que se debe dar otra interpretación al citado artículo y es que si el tiempo durante el cual aportó no fue base para el reconocimiento de la pensión, es procedente su reembolso, toda vez que, como quedó analizado en párrafos anteriores, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, tiene como finalidad otorgar protección a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley, es decir, edad, capital o tiempo, para adquirir el estatus de pensionado, lo cual significa que es supletoria, si no se alcanza el derecho a la pensión de vejez, se tendrá derecho a la mentada indemnización, empero tal circunstancia no ocurre en el sub lite, pues se reitera, el demandante cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez y así le fue reconocida.

Bajo este entendido, es claro que el derecho pensional surge de los aportes del empleado a las entidades de previsión durante un determinado tiempo, de manera que los referidos aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión y en el sub lite con ocasión de que el demandante ya goza de una pensión de vejez es improcedente la indemnización sustitutiva, así dichos aportes, se reitera, no hayan sido tenidos en cuenta como base para la liquidación del derecho a la citada pensión.

Finalmente, respecto al argumento del recurso de apelación referente al enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad demandada al omitir la devolución de los aportes aquí reclamados, la Subsección considera que dentro del sistema pensional y en virtud del principio de solidaridad, los afiliados están en la obligación de efectuar las cotizaciones pertinentes para el sostenimiento de este.
(Negritas y subrayas del Despacho)

Así las cosas, en el sub lite, se tiene que, el demandado percibía una Pensión Proporcional de Jubilación, reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo que deviene en incompatible, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que le efectuó la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, razón por la cual, se declarará la nulidad del referido acto administrativo, al no haberse expedido conforme a las normas en que debía fundarse.

2.4.1. Sobre el Restablecimiento del Derecho.

El Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en su modalidad de Lesividad, tiende a obtener la nulidad de los actos administrativos ilegales, que afectan a la administración y perjudican su patrimonio, y que ésta no puede revocar unilateralmente por no configurarse los requisitos previstos en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 87 del mismo estatuto, debiéndose invocar una o varias de

las causales de nulidad previstas en el artículo 137 ibídem, norma según la cual, los actos administrativos son anulables cuando:

*"(...) **hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.**" (Negritas y subrayas del Despacho).*

Ahora bien, al haberse desvirtuado la legalidad de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, el Despacho procede a estudiar la pretensión de restablecimiento del derecho solicitada por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, en su demanda, dirigida a que el señor Jairo Luís Barona, haga la devolución de la suma reconocida por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el referido acto administrativo, esto es, \$1.844.639, debidamente indexada.

Al respecto, se debe tener en cuenta, la **regla general** sobre devolución de pagos en exceso, por parte de los administrados, la cual se encuentra contenida en el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, norma que dispone, que cuando se pretenda interponer una demanda que se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente **prestaciones periódicas**, ésta no será susceptible de ningún término de caducidad, pero que sin embargo, "**no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.**" (Negritas y subrayas del Despacho).

En el caso concreto, es pertinente señalar, que la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, que le fue reconocida al señor Jairo Luís Barona, **no es una prestación de naturaleza periódica**, de manera que no estaría enmarcada en los supuestos de hecho de la norma en comento, es decir, dentro de la regla general, que se insiste, deprecia que no se está obligado a reintegrar suma alguna, siempre y cuando se haya percibido de buena fe.

Esto, guarda relación, con el pronunciamiento emitido por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la Sentencia del 19 de julio de 2017 (Exp. Rad. No. 25000-23-25-000-2011-00721-01), que sobre la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sostuvo, que era de carácter compensatorio, referido a un pago único. Al respecto, la referida providencia precisó lo siguiente:

"(...) cuando se utiliza la expresión "indemnización sustitutiva" se puede deducir que se trata de una compensación económica en sustitución de algo, y de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se trata precisamente de aquella que perciben las personas que a pesar de que en algún momento cotizaron y cumplieron con la edad para obtener la pensión de vejez, no alcanzaron el mínimo de semanas necesarias para obtener dicha prestación social, motivo por el cual se les otorga una suma de dinero (porque efectivamente realizaron aportes y para compensar la falta de la prestación).

(...)

Como se puede observar a partir de la sentencia transcrita, pese a que tanto las prestaciones sociales como las indemnizaciones se traducen en la obligación de realizar un desembolso de dinero, unas y otras atienden a finalidades distintas: por un lado, las prestaciones sociales tienen como finalidad cubrir un riesgo, mientras que las indemnizaciones tienen como finalidad resarcir o compensar un perjuicio.

En esa medida, no podría decirse que con la indemnización sustitutiva se logra cubrir un riesgo, pues no se trata de una suma que habitualmente vaya a percibir el extrabajador y que le va a permitir subsistir por el resto de su existencia (y de esa manera cubrir la contingencia propia de la merma de su capacidad laboral por el hecho de alcanzar determinada edad), sino que se trata de un único pago que está dirigido a aminorar las dificultades a las que puede verse sometido un ciudadano por la falta de una pensión para cubrir con las necesidades de la vejez, y que tiene como causa el haber realizado aportes al sistema de seguridad social.

Ahondando en el estudio, debe tenerse en cuenta que existen unas prestaciones que el trabajador percibe habitualmente, denominadas "periódicas" y que tal como se demostrará a continuación, la indemnización sustitutiva no se encuentra dentro de las mismas.

(...)

Es por lo anterior que para esta Sala resulta evidente que la naturaleza jurídica de la figura objeto de estudio es precisamente la de indemnización y no de prestación, y además que, dado que la misma no se percibe habitualmente, no puede tenerse por "periódica". (Negrillas y subrayas del Despacho)

El anterior criterio del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, ha sido asumido por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, que en providencia del 24 de julio de 2019 (Exp. Rad. 11001-33-42-054-2016-00310-01), declaró la caducidad de la demanda presentada por un ciudadano en contra de la UGPP, con la que pretendía que esa entidad reliquidara la indemnización sustitutiva de la pensión de jubilación, por considerarla un pago único, conforme a la Sentencia del H. Consejo de Estado, que se transcribió en precedencia:

"Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva, el H. Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección A, en sentencia de 19 de julio de 2017, se pronunció extensamente, en el sentido de explicar que dicho emolumento no constituye una prestación social, y menos aún determina un pago periódico, habida consideración a que su origen es resarcitorio y se compone de un pago único." (Negrillas y subrayas del Despacho)

En ese orden de ideas, se insiste, la indemnización que le fue reconocida al señor Jairo Luís Barona por parte de COLPENSIONES, a través del acto administrativo que se declarará nulo, al no tener la naturaleza de prestación periódica, no puede ser objeto de aplicación de la regla general contenida en el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, antes mencionada, de manera que este Despacho, debe remitirse a

lo que la jurisprudencia ha sostenido, sobre la procedencia de las solicitudes de devolución de los dineros percibidos por particulares, cuando estos ostentan el carácter de unitarios.

El H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, en providencia del 1º de septiembre de 2014 (**Exp. Rad. 25000-23-25-000-2011-00609-02**), sostuvo en relación con la presunción contenida en el numeral 2º del artículo 136 del entonces Código Contencioso Administrativo, esto es, que cuando la administración demandara los actos que reconocieran prestaciones periódicas, no habría lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, que, "**en tratándose de prestaciones unitarias se ha dado un tratamiento diverso, como el señalado en sentencia de la Subsección "B", de 8 de mayo de 2008, dentro del expediente radicado con el No. 0949 de 2006, en donde se consideró que la presunción para ese caso no estaba contemplada en la norma, la cual solo podía ser interpretada en su tenor literal, por lo que no se podía extender la tesis a todos aquellos pagos unitarios efectuados por la administración en virtud de actos administrativos y en consecuencia, para estos era viable la devolución del dinero.**"

En la referida providencia, se destaca y se hace mención, a la Sentencia del 8 de mayo de 2008, (**Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. Rad 25000-2325-000-2002-13231-01**), emitida por el H. Consejo de Estado, en donde se hicieron las siguientes precisiones al respecto:

"De otra parte, el artículo 136 del C.C.A., según el cual la administración no puede recuperar las sumas pagadas a particulares de buena fe cuando se trate de actos que reconocen prestaciones periódicas, no es aplicable a esta litis porque él de manera expresa restringe las prestaciones que no son objeto de devolución, sin incluir las prestaciones unitarias, como la que se discute ya que la indemnización se realiza en un solo pago y en consideración a la supresión del cargo que sólo puede presentarse una vez, y, como lo señalan las reglas de interpretación judicial, cuando la ley es clara no le es dable al juzgador buscar un sentido distinto.

Además, este artículo consagra una excepción a la regla porque cuando se realiza un pago indebido generalmente se ordena devolver la suma pagada como excedente, sin embargo la norma creó una excepción pero sólo respecto de las prestaciones periódicas y por ello extender su alcance a las prestaciones unitarias implica transgredir la teoría jurídica según la cual las excepciones deben ser expresas y restrictivas.

De igual manera tiene sentido la aclaración que hace la norma pues existe un intercambio de intereses pues si bien el particular no devuelve las sumas percibidas contra derecho, la entidad, una vez declarada la nulidad del acto que reconoce la prestación periódica se sustrae del deber que tenía de seguirla pagando.

En el presente caso la expedición del acto administrativo acusado trajo como consecuencia el desmedro del erario público por lo que la administración, como su máxima guardiana, se vió avocada a agotar las vías legales con el fin de recuperar los

dineros pagados sin que existiera causa legal para ello. Así las cosas, denegar la declaratoria de nulidad deprecada traería como consecuencia la desprotección del conglomerado social y el desconocimiento del ***interés general que***, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, ***adquiere primacía por cuanto el demandado no tenía ningún derecho a percibir el excedente monetario que le fue reconocido.***
(...)"

Finalmente, el Despacho considera necesario y pertinente, hacer referencia a un pronunciamiento emitido por a H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que a través de la Sentencia del 14 de agosto de 2019 (Exp. SL-3464-2019 – Rad. 76284), sostuvo, en primer término, que resulta incompatible el reconocimiento simultáneo, de la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva y la pensión, puesto que los primeros son el soporte de la segunda, y se hace necesaria su recuperación. Dicha providencia puntualizó lo siguiente:

"En tal orden, es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por conceptos de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión. Esta es la razón por la que la pensión y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva son prestaciones incompatibles, pues la percepción de la primera se nutre de las cotizaciones base de liquidación de las segundas."

Así las cosas, y conforme al criterio jurisprudencial expuesto en precedencia, resulta claro, que el señor Jairo Luís Barona, no obstante que resulta ser un particular de buena fe, presunción, que no ha sido desvirtuada por la entidad demandante, tiene la obligación de reintegrar al tesoro público, la suma de \$1.844.639, que le fue reconocida a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, como indemnización sustitutiva, por resultar la misma, una prestación de carácter unitario, es decir, un pago único, de manera que se insiste, la regla general contenida en el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, no le es aplicable a su situación jurídica, y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia.

No obstante lo anterior, el Despacho no accederá a la pretensión relativa a que la suma que el demandado está obligado a reintegrar al tesoro público, sea debidamente indexada, en atención a lo señalado en la providencia del 8 de mayo de 2008, antes referida, en tanto, el H. Consejo de Estado, precisó que, ***"Es un hecho notorio que con el paso del tiempo el dinero pierde su valor adquisitivo pero como no se ha desvirtuado la presunción de buena fe que protege al demandado, no se ordenará la indexación de la suma reconocida en exceso por la administración, pues una decisión contraria le permitiría, injustamente, aprovecharse de un error que le es imputable."*** (Negrillas y subrayas del Despacho).

2.5. Conclusión

Con fundamento en el análisis fáctico y jurídico expuesto, el Despacho considera, que en el presente caso, se demostró el incumplimiento de los requisitos regulados en la Ley 100 de 1993, así como en los Decretos 1730 de 2001 y 4640 de 2005, en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al señor Jairo Luís Barona, mediante la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, en atención a que al accionado, ya le había sido reconocida pensión de jubilación por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través de la Resolución No. 556 del 7 de marzo de 2008, motivo por el cual, se presentó el fenómeno de la incompatibilidad entre ambas prestaciones, tal como lo alegó la entidad demandada, de manera que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado fue enervada, por lo que se declarará la nulidad del mismo.

2.6. Sobre la Condena en Costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, ordena pronunciarse en materia de costas, pero no necesariamente en forma condenatoria, pues impone la facultad de disponer sobre su condena, analizando diversos criterios, y el artículo 365, numeral 8 del C.G.P., establece que sólo habrá lugar a costas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación⁹.

Al respecto, en reciente pronunciamiento emitido por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Sentencia del 19 de julio de 2019¹⁰, se dispuso:

"(...)En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*

Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas". Resaltado por el Despacho.

Así las cosas, no advirtiéndose, mala fe, temeridad, ni uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales, atribuible a la parte accionada, no se le condenará en costas.

⁹ H. Consejo de Estado – Sentencia del 26 de enero de 2017, Rad 680012333000201400278 01. No. Interno 2801-2015, M.P. Dra., Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de Unificación CE-SUJ- SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de julio de 2019, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 76001-23-33-000-2013-00042-01, Demandante, Clara Inés León de González, Demandado, Universidad del Valle.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, expedida por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en favor del señor **JAIRO LUÍS BARONA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.984.951, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al señor **JAIRO LUÍS BARONA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.984.951, **REINTEGRAR** a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la suma de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$1.844.639,00)**, que por concepto de **INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**, que le fue reconocida a través de la Resolución No. GNR 059511 del 13 de abril de 2013, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No se condena en costas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, y CÚMPLASE,

La Juez,



GUERTI MARTÍNEZ OLAYA