



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, ocho (8) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-0034-00
Demandante:	OMAIRA BENJUMEA CASTRO
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA

Tema: Indemnización sustitutiva de vejez en compatibilidad con la pensión de jubilación

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021,¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones. La señora **OMAIRA BENJUMEA CASTRO** por medio de apoderado judicial presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA**, con el fin de obtener la

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

nulidad del oficio **No. 3117 de 6 de agosto de 2018**, expedido por la entidad demandada, por medio de la cual negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la demandante. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez, que la misma no cumple con los requisitos exigidos por la ley para acceder a una pensión vitalicia de vejez.

Ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, a pagar a favor de la actora las sumas correspondientes a 384 semanas, con los respectivos reajustes de ley. Igualmente, condenar a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC; igualmente, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre las medadas adeudadas a la actora.

2.2. Hechos. De lo expuesto en el libelo demandatorio, se extrae que lo siguiente:

1. La demandante nació el 15 de febrero de 1952 y cotizó a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, prestando sus servicios como docente en la Beneficencia de Cundinamarca, durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 1988 al 30 de agosto de 1996.
2. La demandante con petición radicada bajo el número 2007-PENS-004142 de 10 de abril de 2007, solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, previo cumplimiento de los requisitos de ley.
3. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de Resolución 2959 de 26 de junio de 2007, le reconoció a la actora una pensión de jubilación, efectiva a partir de 16 de febrero de 2007, en cuantía de \$1.453.718 pesos.
4. La demandante mediante escrito radicado No. 2018056424, solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva; sin embargo, la citada entidad por medio de Oficio No. 3117 de 6 de agosto de 2018, niega la solicitud presentada por la actora.

2.3. Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas de rango legal cita los Decretos 1730 de 2001 y la Ley 100 de 1993.

Argumenta que la demandante cumple con los requisitos contemplados en la ley, por cuanto cotizó 384 semanas en la Beneficencia de Cundinamarca y en la actualidad cuenta con 65 años de edad, lo que la imposibilita para acceder a la pensión de vejez.

Agrega que a la demandante se le excluyó del reconocimiento y pago de tal asignación, lo que conlleva a una discriminación frente a los demás coasociados a quienes si se les concede y respeta tal reconocimiento pensional. Señala que los principios constitucionales a la seguridad jurídica e igualdad han sido conculcados abierta y flagrantemente con la expedición del acto acusado, por cuanto niega arbitrariamente el derecho de obtener una pensión a la demandante.

Finalmente, indica que no existe fundamento legal y válido para negar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, desconociendo que las prohibiciones deben estar expresamente fijadas en la ley, lo que no ocurre en el caso bajo examen.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 6 de febrero de 2019, a través de providencia de 11 de septiembre de 2019 se admitió la misma, por encontrarse colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 7 de febrero de 2020 fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, y dentro del término legal para ello, el extremo pasivo de esta litis contestó la demanda ejerciendo su derecho de defensa y contradicción a través de escrito que obra dentro del expediente digital.

Cumplido lo anterior, a través de auto de 30 de abril de 2020, esta Judicatura corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS.

2.5.1. Oposición de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca.

La entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el artículo 37 de la ley 100 de 1993, expresa que los acreedores de la indemnización sustitutiva son “*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”, por lo que de acuerdo a esta norma de carácter imperativa, la señora Omaira Benjumea Castro no tiene derecho a esta indemnización, debido a que ella cumplió con los requisitos para obtener la pensión de la cual es titular en la actualidad. Agregó que no existe razón legal que establezca que la señora Omaira Benjumea Castro es acreedora de lo solicitado en la demanda.

Indicó que la señora Omaira Benjumea Castro está cobrando una indemnización sustitutiva de la cual no es acreedora ni tiene derecho, además la ley 100 de 1993 y sus respectivos decretos reglamentarios señalan que la pretensión solicitada va dirigida a quienes no les fue posible cotizar para adquirir el derecho pensional; situación que no se equipara a los hechos ni pruebas de la demanda, en tanto, la demandante accedió a su derecho a pensional, quedando excluida de una indemnización sustitutiva.

Dentro de las excepciones presentadas con la demanda, están las siguientes:

- Inexistencia de falsa motivación en la expedición del acto administrativo no. 3117 del 6 de agosto de 2018.
- Inexistencia de la obligación.
- Cobro de lo no debido.

Finalmente, expresa que, al no cumplir la demandante con los presupuestos de causación del derecho, se reafirma la legitimidad y motivación del oficio expedido por la entidad demandada en aras de salvaguardar el ordenamiento jurídico al no ser acreedora del derecho.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. No presento alegatos de conclusión.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos de conclusión por escrito oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto indica que la señora Omaira Benjumea Castro no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 donde se regula quienes son acreedores del derecho a la indemnización sustitutiva, además señaló que lo alegado por la parte demandante viola el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 el cual establece que: “(...) que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de invalidez y vejez”, por lo que el acto demandado fue expedido conforme

a derecho y respeta el ordenamiento jurídico, es decir, no hay existencia de falsa motivación en el mismo.

Expresó que la señora Omaira Benjumea Castro en ningún momento cumple con las condiciones establecidas en la ley y posteriores decretos reglamentarios, porque ella cuenta con una pensión de vejez desde el año 2007, como consta en la resolución No. 2959 del 26 de junio de 2007, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá. Teniendo en cuenta que la parte actora cuenta con una pensión de vejez, no es posible que cumpla con los requisitos que la ley dispone para el acceso al derecho de la indemnización sustitutiva.

Agregó que el acto acusado, esto es, el Oficio No. 3117 del 6 de agosto de 2018, fue expedido conforme al ordenamiento jurídico y en cumplimiento de las normas, por cuanto el artículo 6 del decreto 1730 de 2001 señala la existencia de la incompatibilidad de la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva: *“Artículo 6º. Incompatibilidad. 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.*

Por las anteriores consideraciones, resalta que para su representada, esto es, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, no resulta procedente acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva solicitada por la demandante, teniendo en cuenta el marco constitucional, legal y jurisprudencial dispuesto para ello; es decir, no existe causal de nulidad de los actos administrativos.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público. El delegado del Ministerio Público ante este Despacho se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CUESTIÓN PREVIA.

De conformidad con lo indicado, el Juzgado se pronuncia sobre las excepciones propuestas el apoderado de la **Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca**, de la siguiente manera:

- Inexistencia de falsa motivación en la expedición del acto administrativo no. 3117 del 6 de agosto de 2018.
- Inexistencia de la obligación.

- Cobro de lo no debido.

Resolución de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Observa el Despacho que las excepciones propuestas por la entidad demandada constituyen argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado, razón por la cual se resolverán más adelante con la decisión de fondo a que haya lugar.

5. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

4.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar, si hay lugar a declarar la nulidad del oficio **No. 3117 de 6 de agosto de 2018**, expedido por la entidad demandada, por medio de la cual negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se debe establecer si es posible ordenar a la entidad demandada a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez, que la misma no cumple con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión de vejez.

Y si como consecuencia de lo anterior, el Despacho debe ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, a pagar a favor de la actora las sumas correspondientes a 384 semanas, con los respectivos reajustes de ley. Igualmente, condenar a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC; igualmente, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre las medadas adeudadas a la actora.

Para desarrollar y solucionar el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente y necesario, acudir al: **a)** El derecho a la seguridad social en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia **b)** De la Naturaleza de Indemnización sustitutiva de vejez **c)** Prohibición de doble asignación del tesoro público y **d)** Caso concreto.

El derecho a la seguridad social en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia. El artículo 48 de la Constitución consagra el derecho a la seguridad social en una doble dimensión; por un lado, se trata de un **servicio público** que se presta bajo la dirección, la coordinación y el control del Estado. Por otro lado, es una **garantía** de carácter irrenunciable e imprescriptible en cabeza de los ciudadanos².

Así, en su primera acepción, el servicio público de la seguridad social debe regirse por los principios de eficiencia, solidaridad, integralidad y universalidad y es una manifestación inherente a las finalidades sociales del Estado, consagradas en el artículo 2º de la Constitución, *"en cuanto apunta a la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento superior, dentro de un marco normativo fundado en el respeto de la dignidad humana"*³.

En cuanto a su segunda acepción, la seguridad social, como derecho, se encuentra vinculada con la garantía de protección frente a determinadas contingencias que pueden afectar la vida de las personas. Es por ello por lo que su realización se enfoca en la satisfacción de derechos fundamentales como el mínimo vital, lo que le otorga el carácter de **derecho irrenunciable**⁴.

En este orden de ideas, y a partir de los principios consagrados en la Carta Política, el Legislador profirió la Ley 100 de 1993, a través de la cual reguló las contingencias aseguradas, las instituciones que integran el sistema y los requisitos establecidos para acceder a los derechos prestacionales. Precisamente, el preámbulo de la ley indica que el sistema de seguridad social fue instituido para garantizar la "cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"⁵.

Por lo expuesto, se precisa que el derecho a seguridad social tiene un carácter fundamental relacionado con el derecho al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y que son destinatarias de una especial protección constitucional.

² Sentencia T-222 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Sentencia T-681 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

De la Naturaleza de Indemnización sustitutiva de vejez. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T- 043 de 2019⁶, “*el sistema de pensiones fue diseñado de tal manera que la contingencia de vejez pudiese ser enfrentada desde diferentes supuestos. En un primer supuesto, si la persona cumple con los requisitos señalados por la ley, podrá acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, la norma también previó aquel supuesto en el que la persona que cumplió con la edad para obtener la pensión, pero que no acredita el cumplimiento de las demás exigencias para reconocer dicha prestación, tiene derecho a acceder a una **indemnización sustitutiva**, en caso de que esté afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, o a la devolución de saldos, si se encuentra en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*”.

Es evidente que esta solución supletoria a la pensión de jubilación que consagra la ley busca proteger el derecho al mínimo vital de los afiliados que, por cualquier circunstancia, no realizaron los aportes suficientes y que dependen económicamente de aquellas sumas que ahorraron a lo largo de su vida laboral, pues por su edad, al no estar en condiciones de continuar trabajando para obtener un sustento económico. En ese sentido, y en desarrollo del principio de integralidad, el sistema no deja sin amparo de vejez a las personas que no pueden acceder a la pensión, y les reconoce una indemnización de manera sustituta.

En línea con lo anterior, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez está definida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993⁷, y está dirigida a aquellas personas que no cumplen con los requisitos de cotización o tiempo de servicios y por lo tanto no les es posible acceder a una pensión de vejez, jubilación o invalidez.

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.*

6 Referencia: Expediente T-6.953.923, Acción de tutela instaurada por Jesús Antonio Giraldo Ochoa contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A y Seguros de Vida Alfa S.A. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

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

La citada ley, tuvo la previsión de proteger a quienes tienen la edad exigida para la pensión de vejez, pero que por alguna circunstancia no tienen las semanas de cotización mínimas requeridas para acceder al reconocimiento de esa prestación.

En virtud de ello⁹, se instituyó la llamada *indemnización sustitutiva de pensión de vejez*, siendo procedente en el evento en que no sea posible o no pretenda seguir cotizando para efectos de obtener el reconocimiento pensional, es decir, que tenga la intención de retirarse del sistema general de pensiones por la imposibilidad de seguir haciendo aportes, o porque simplemente el deseo es de no continuar, convirtiéndose esos supuestos en condición *sine qua nom* para su procedencia.

De conformidad con nuestro órgano de cierre en lo constitucional, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es una herramienta que busca aminorar las circunstancias en las que se encuentren las personas que no pueden acceder a la pensión de vejez, habiendo tenido semanas cotizadas en el sistema pero que no alcanzan para el reconocimiento pensional. De suerte entonces, que se erige como un método de garantizar el mínimo vital de quienes no tienen acceso al derecho de pensión de vejez, por no cumplir con las semanas mínimas requeridas, siempre y cuando se cumpla la condición de no querer o seguir cotizando en el sistema⁸.

Ahora, sobre la causación y los requisitos para acceder a esta prestación, el Decreto 1730 de 2001⁹, dispone:

ARTÍCULO 1º-Causación del derecho. *Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. 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 pensiones se presente 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;

⁸ Ver sentencia T – 596 de 2016. “(...) Cuando un afiliado ha cumplido con 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. (...)”.

⁹ 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.

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, (...), 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.

Así mismo, el referido decreto resalta sobre los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva, como del régimen de incompatibilidad lo siguiente:

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.*

(...)

ARTÍCULO 6º-Incompatibilidad. *Salvo lo previsto en el artículo 53¹⁰ del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.*

En lo tocante con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T- 596 del 31 de octubre de 2016, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló:

«[...] Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001¹¹ entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia¹², ha considerado que dicho precepto no

10 ARTICULO 53. DEVOLUCION DE SALDOS E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA. <Artículo INEXEQUIBLE, salvo el parágrafo>

11 Por el 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”. “[...] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”.

12 Al respecto, basta citar las sentencias T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1030 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), T-870 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-482 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), mediante las cuales se reconoció el derecho a la pensión de invalidez a personas que ya habían sido beneficiarias de una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, bajo el entendido de que la

constituye un 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 contingencias¹³, 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 pensión¹⁴ y sin embargo, no se le reconoció ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva¹⁵. 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, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución.

Dicha doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El afiliado puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación¹⁶.

La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen, en gran medida, de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un

incompatibilidad de las prestaciones no significa erosionar el principio de irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

13 T-606 de 2014.

14 Al respecto, basta citar las sentencias T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1030 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), T-870 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-482 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), mediante las cuales se reconoció el derecho a la pensión de invalidez a personas que ya habían sido beneficiarias de una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, bajo el entendido de que la incompatibilidad de las

15 Sobre la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con otro tipo de pensiones, como la de vejez o sobrevivientes, pueden observarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T950 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), SU-132 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-508 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-069 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) y T-228 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

16 *Ibidem*.

*presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana*¹⁷.

De otra parte, cabe precisar 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. En diferentes oportunidades, la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, a que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital¹⁸.

Desde esta perspectiva de la Corte Constitucional, se puede concluir que el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 no regula un impedimento para que los fondos de pensiones estudien a cabalidad la probabilidad de reconocer un derecho pensional a un afiliado por el hecho de que le haya sido reconocida una indemnización sustitutiva, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien **dos prestaciones simultáneamente**.

Frente a lo expuesto, el H. Consejo de Estado ha precisado que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez tiene como finalidad “... *garantizar los derechos irrenunciables a la vida, a la integridad física, al trabajo, a la igualdad y evitar que el sujeto tenga que seguir trabajando hasta cumplir con el tiempo mínimo de cotización exigido para alcanzar dicha prestación. No obstante, es importante señalar que la persona que se encuentra en dicha situación tiene la posibilidad de seguir cotizando hasta cumplir los requisitos, por ejemplo, el*

¹⁷ Es reiterada la jurisprudencia constitucional que ha establecido el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes. Al respecto, puede observarse, entre otros, lo dicho en la sentencia T-414 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), en la cual se sostuvo: “[...] el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales.” Al respecto, pueden observarse, entre muchas otras, las sentencias T-326 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-019 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-642 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T801 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez)

¹⁸ Al respecto, puede observarse, entre otras, la sentencia T-003 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). [...].

número de semanas en cualquier momento, dado el carácter de imprescriptibilidad de esta prestación”¹⁹.

En virtud de los principios de favorabilidad y progresividad, para efectos de ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la entidad encargada del reconocimiento debe tener en cuenta, el tiempo y/o las semanas de cotización efectuadas aún con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 y por tal razón, no es posible esgrimir una negativa al derecho, fundado en la ausencia de cotizaciones con posterioridad a la vigencia de la norma ut supra. Ello como quiera que el derecho a la indemnización sustitutiva es un componente prestacional del derecho a la seguridad social, el cual, según las voces de la Corte Constitucional, Sentencia T- 385 de 2012, *es irrenunciable puesto que emana de la garantía constitucional a la seguridad social contemplada en el artículo 48 de la Constitución Política”.*

Finalmente, el Consejo de Estado en reciente sentencia del 14 de marzo de 2019²⁰, señaló que: *“Ello, por cuanto la incompatibilidad planteada en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 debe interpretarse más bien como una imposibilidad en torno a los aportes del sistema para que no lleguen a financiar dos prestaciones simultáneamente, pero no como un limitante de acceso a los derechos sustanciales, de tal manera que se privilegie la circunstancia más justa, de mayor auxilio y que realmente compense todo aquello que durante la vida laboral ha causado y cotizado la trabajadora”. (...) Aun cuando la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de vejez, su reconocimiento no impide el eventual acceso a disfrutar de una prestación de jubilación, bajo la condición de devolución de lo ya recibido por dicha indemnización. De allí que en el evento de encontrarse acreditados por la demandante los requisitos para acceder al reconocimiento pensional deprecado, procede el reembolso de lo cancelado a título de este último concepto, tal como lo invoca la entidad demandada en el recurso de apelación”.*

19 Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Subsección A. C. P: Gabriel Valbuena Hernández. Rad: 2016-00398-01. 21 de abril de 2016. En sentencia del 4 de septiembre de 2014, la Sección Segunda, expresó que: “quienes, al cumplir la edad de jubilación, no hayan acumulado el número de semanas de cotización necesarias para hacerse al beneficio pueden ser cobijados con la indemnización sustitutiva de pensión. Ello porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 da lugar a esta figura para quienes no tengan la posibilidad de continuar haciendo aportes; esta, dice, se liquida promediando la base salarial semanal, multiplicada por el número de semanas cotizadas y aplicando el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya efectuado los aportes el afiliado”. Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 25000232500020051020001 (26252011). C. P. Gustavo Gómez A

20 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación: 52001-23-33-000-2013-00140-01 (2012-2014)

De lo expuesto hasta aquí, se destacan los siguientes puntos relevantes:

- i) La indemnización sustitutiva de pensión de vejez es un mecanismo alterno que ofrece el sistema general de pensiones, cuando la persona no alcanza los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por ende, su reconocimiento se constituye ante la imposibilidad de adquirir la condición de pensionado.
- ii) En tal sentido, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez se otorga cuando no existe derecho pensional de vejez previamente reconocido a esa persona, dada la finalidad subsidiaria de aquella, de ahí la incompatibilidad que la norma prevé en estas prestaciones, la cual debe interpretarse “como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución²¹.”

Prohibición de doble asignación del tesoro público²². Nuestra Carta Política de 1886, estableció la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en que tuviera parte el Estado, con excepción de los casos especialmente establecidos por el legislador. Tal como se observa, en el artículo 64 ibídem: “*Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios*”.

Posteriormente, el Decreto Ley 1317 de 18 de julio de 1960²³, reiteró la prohibición prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886. No obstante, estableció algunas excepciones a dicha regla, y entre ellas la referida a las asignaciones provenientes de establecimientos educativos oficiales, siempre y cuando no se tratara de docentes que cumplieran su labor en tiempo completo, así: “Art. 1º. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación: **a) Las asignaciones que provengan de**

²¹ Sentencia T – 596 de 2016.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D. C., 23 de febrero de 2017, Expediente: 230012333000201400142 01

²³ Por el cual se determinan algunas excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución.

establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.

Igualmente, el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978²⁴ lo reiteró, en los siguientes términos: “Art. 32. De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea que procedan de un contrato, de comisión o de honorarios. Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan: **a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.**”

Con la expedición de la Ley 91 de 1989²⁵, el legislador permitió la compatibilidad de la pensión ordinaria de jubilación con la **pensión gracia**, teniendo en cuenta el carácter especial de ésta última, entendida como una recompensa por parte de la Nación a la labor docente, sin que para su reconocimiento sea necesario acreditar requisitos distintos a la edad y tiempo de servicio

Seguidamente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el constituyente en el artículo 128 mantuvo la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, e incluso estableció la imposibilidad de desempeñar simultáneamente dos empleos públicos, en los siguientes términos:

*“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. **Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.**”*

Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, **tales como pensiones.**

Este precepto, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4^a 1992²⁶, en el que se dispuso:

²⁴ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones

²⁵ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁶ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y

“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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Se precisa que de conformidad con lo normado en artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁷, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encontrarían amparadas por el régimen de prima media, y las vinculadas antes de la misma, se les continuaría aplicando las disposiciones previas en materia pensional; criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005²⁸.

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se encontraba vinculada en el servicio docente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, pues su vinculación se efectuó el **5 de marzo de 1975**²⁹, se colige que en lo correspondiente al régimen pensional se rige por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15 prescribe:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y

de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política

27 Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

28 Párrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

29 Tal como se desprende de la Resolución No. 2959 del 26 de junio de 2012.

sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

*Los docentes **nacionales** y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

*Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.***

Esta disposición, consagró que los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, se les mantendría en materias de prestaciones sociales y económicas, el régimen que los venía regulando en cada entidad territorial. Así mismo, previó con relación a la **pensión gracia**, consagrada en la Ley 114 de 1913, que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, mantendrían el derecho y que la Caja Nacional de Previsión Social las reconocería.

Este criterio, fue ratificado por el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, que dispuso que los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaron sin solución de continuidad a las plantas de las entidades territoriales tendrían el régimen dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Como se puede observar, la normativa analizada solo contempla una pensión de jubilación y no la subdivide en pensión por trabajo de **tiempo completo o de medio tiempo**, pues dicha circunstancia daría lugar a la existencia de dos pensiones

ordinarias de jubilación, situación que, en principio, **viene con la prohibición consistente en devengar dos asignaciones del tesoro público.**

Por lo anterior, se concluye con absoluta claridad que no es factible el reconocimiento simultáneo de dos pensiones ordinarias de jubilación, ya que dicha situación se encuentra restringida por la normatividad analizada; no obstante, una de las excepciones permitidas por la ley para percibir doble asignación con cargo al tesoro público, es la prevista para la **pensión gracia**, por constituir una prestación de naturaleza especial concedida a los docentes del orden territorial o nacionalizados con el fin nivelar sus ingresos que resultaban injustificadamente inferiores a lo devengado por sus pares nacionales, siempre que se cumplan con los requisitos de la Ley 114 de 1913.

6. Caso en concreto. De las pruebas que obran dentro del proceso se extrae lo siguiente:

- De la cédula de ciudadanía se establece que la demandante nació el 15 de febrero de 1952³⁰.
- Por medio de la **Resolución No. 2959 de 25 de junio de 2007**³¹, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.453.718, correspondiente a un 75% del promedio de salarios del año de servicio anterior al cumplimiento del status de pensionada, efectiva a partir de 01 de febrero de 2007.
- Posteriormente, la demandante a través de petición de fecha **20 de abril de 2018**³², solicitó a la Beneficencia de Cundinamarca- Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, la indemnización sustitutiva.
- Con Oficio de **6 de agosto de 2018**³³, la entidad demandada niega la petición instaurada por la actora, indicándole que no es posible acceder a la petición como quiera que la misma fue pensionada por el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, por lo que se encuentra incurso en la causal contemplada en el Decreto Reglamentario 1730 de 2001,

³⁰ Ver folio 26 del archivo 01.

³¹ Ver folio 28 del archivo 01.

³² Ver folio 38 del archivo 01

³³ Ver folio 48 del archivo 01

que establece la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con las pensiones de vejez e invalidez.

- Igualmente, se desprende del Acta de Posesión **No. 0004 de 2 de enero de 1989**³⁴, que la demandante, en la Beneficencia de Cundinamarca, ostento la calidad de **empleada Pública** de régimen especial, por lo cual se le aplicó lo establecido en el Decreto 2277 de 1979³⁵ y demás normas concordantes.

Destaca el Despacho que tal como quedó reseñado en líneas anteriores, el presupuesto legal para que se constituya la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, se circunscribe a que la persona no pueda obtener la pensión de vejez dado que no alcanza las semanas mínimas requeridas para su reconocimiento; y así lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 28 de junio de 2018³⁶ al establecer que: *“Así las cosas, puede concluirse que se estructuran los requisitos previstos en el artículo 37 ibídem y su Decreto Reglamentario 1730 de 2001, esto es: i) cumplir con la edad para pensionarse, ii) no tener el mínimo de semanas cotizadas y iii) declarar, bajo juramento, que se encuentra imposibilitado para continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.”*

Siendo así, se tiene que tal supuesto no sucede en el caso de marras, en consideración a que la demandante ya goza de una pensión de jubilación, siendo reconocida conforme los requisitos legales; luego entonces, al tener la demandante asegurada la contingencia de vejez, no es plausible acudir a la indemnización sustitutiva como mecanismo para salvaguardarla, dado que con el beneficio pensional que goza a la fecha, tiene garantizado el mínimo vital para el sostenimiento personal y de su núcleo familiar.

Además, se debe precisar que lo cotizado para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y para la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, hacen referencia al mismo régimen pensional, luego entonces la financiación de la pensión coincide en la medida que los recursos devienen del **mismo sistema**, independientemente del pagador de la obligación pensional.

34 Ver folio 74 del archivo 01

35 Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, Artículo 1º Definición. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales.

36 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Para ello es importante explicar que por medio del **Decreto 261 de 2012**³⁷, se creó la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, como una unidad administrativa de orden departamental con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita a la Secretaría de Hacienda.

Siendo así, resultarían incompatible la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de vejez, por concordar el origen de los recursos, los cuales son administrados por un mismo sistema de seguridad social que se encuentra sometido a los principios de solidaridad y universalidad, en aras de mantener la sostenibilidad financiera de ese sistema.

Aunado a lo anterior, la demandante luego de prestar sus servicios como docente en la Beneficencia de Cundinamarca, continuo laborando con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual va en contravía con lo preceptuado por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que indica: “**el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando**”.

En este mismo sentido, es pertinente resaltar que hay casos en los cuales habiendo sido reconocida la indemnización sustitutiva es procedente reconocer otro tipo de pensión, por cuanto, como ya se ha explicado a la persona que es beneficiaria de la primera se le da la oportunidad que más adelante pueda alcanzar los requisitos para optar de lleno por una pensión, dado el carácter de imprescriptible de la misma: y así lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2014, al resolver en un proceso dentro del cual el actor estaba solicitando la pensión de sobrevivientes, cuando previamente se le había reconocido indemnización sustitutiva, así:

« [...] la Sala le ordenará a Colpensiones que revise la historia laboral de la señora Odeilda Franco García y en caso que cumpla con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, se ordena que le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a su hijo Giovanni Jaramillo Franco. En caso de que haya reclamado la indemnización sustitutiva, la entidad accionada deberá hacer un cálculo y descontarle esta prestación de

³⁷ Por el cual se crea la Unidad Administrativa de Pensiones del departamento de Cundinamarca, se determina su organización interna, se suprime la Dirección de Pensiones de la Secretaría de Hacienda y se dictan otras disposiciones.

manera periódica, sin que la pensión de sobrevivientes sea inferior a un salario mínimo legal³⁸.

En conclusión y conforme a la definición que nos brinda la ley, para que una persona sea acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, deben concurrir los siguientes supuestos de hecho: **1)** Cumplir con la edad requerida para el derecho de pensión, **2)** No haber cotizado las semanas requeridas para acceder al derecho de pensión, **3)** Y que declaren la imposibilidad de seguir cotizando.

Finalmente se declaran probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, como quiera que de lo expuesto en precedencia se colige que la demandante no tiene derecho a que se le reconozcan las pretensiones esbozadas en el libelo demandatorio de conformidad con la pauta jurisprudencial expuesta.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la señora **OMAIRA BENJUMEA CASTRO**, no deben prosperar.

5.1 Conclusión. Se negarán las pretensiones de la demanda tendientes a obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

6.0. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁹, tenemos que:

***a)** El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-*

***b)** Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

***c)** Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

***d)** La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la*

³⁸ En el mismo sentido, se puede observar la sentencia T-599 de 2012 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa.

³⁹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de Inexistencia de falsa motivación en la expedición del acto administrativo no. 3117 del 6 de agosto de 2018, Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

MAM

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c998bf9f8ef2f29557cd92f2a77a203c8c8afeb40f328d41be6fa9c60fcbcb66**

Documento generado en 08/06/2021 11:13:30 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>