



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-002019-00360-00
Demandante:	JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ
Demandado:	SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL – DISTRITO CAPITAL
Asunto:	SENTENCIA

El señor **JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 86.063.330, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN SOCIAL – DISTRITO CAPITAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de noviembre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

2.2. Legales: artículos 10 del Código Civil; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2014 y la Ley 80 de 1993, numeral 3.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que los actos administrativos demandados trasgreden las normas referidas, toda vez que desestimó de plano y sin fundamento legal el pago de las prestaciones laborales y sociales que el demandante dejó de percibir y a las que le asiste derecho como contraprestación de la labor que desempeñó para la Secretaría Distrital de Integración Social.

Manifestó que el actor laboró en la entidad demandada, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometido al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta y comprendían el objeto misional de la entidad.
- Prestó de forma continua sus servicios

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato de prestación de servicios, configurándose la relación

laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes.

Precisó que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

III. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **8 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

En el acápite de la contestación de la demanda denominado “*fundamentos fácticos y jurídicos*” afirma que no existen obligaciones pendientes, y aduce que el demandante no asume la carga probatoria al invocar el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades del artículo 53 Superior, y en todo caso, afirma que no se presentaron los elementos del contrato realidad, conforme a la jurisprudencia, a lo cual le sumó que no se acreditó la permanencia, es decir, que la labor contratada sea inherente a la entidad.

Agregó que la coordinación de las actividades contractuales no configura la existencia de un contrato realidad, pues la coordinación implica que el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad contratada, lo que incluye el cumplimiento de horarios, recibir instrucciones de sus superiores, o presentar informes. Es más, observa que los hechos de la demanda no son claros al referirse al

desarrollo de la actividad contractual, por lo cual considera que se pretende confundir a la instancia judicial.

Por último, estimó pertinente señalar que los contratos de servicio no forman parte de la misionalidad de la Secretaría Distrital de Integración Social, prevista en el Decreto 607 de 2007, con lo cual estima justificada la contratación del demandante.

Igualmente, propuso las siguientes excepciones de mérito:

(i) Legalidad del contrato de prestación de servicios: Sostuvo que el demandante ejecutó el objeto contractual de forma independiente y autónoma, conforme al artículo 32 (Num. 3º) de la Ley 80 de 1993, norma que a su criterio, permite el vínculo contractual para ejecutar actividades conexas con la actividad que cumple el Estado, y cuando no puede realizarse con personal de planta, sin generar prestaciones sociales.

Observa que la normativa de los contratos estatales ha evolucionado. Por ejemplo, señaló que los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 establecen las obligaciones de quienes supervisan los contratos de prestación de servicios, sin que su ejercicio implique actos subordinantes. También señaló que no se le exigió al demandante la constitución de póliza de garantías, como sucede en los contratos estatales, en aplicación del artículo 8º del Decreto 4828 de 2008.

(ii) Inexistencia del contrato realidad: Expresó que en este caso no se cumplen los requisitos para aplicar el principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, debido a que no se demostraron los elementos del contrato realidad, en particular, la subordinación. Reitera que la supervisión forma parte de la dirección de los contratos con el fin establecer que los contratistas cumplen a cabalidad con la actividad, y quienes no lo hacen para aplicar las cláusulas pertinentes.

(iii) Inexistencia de la obligación reclamada: Advirtió que no existen

obligaciones pendientes de pago.

(iv) Cobro de lo no debido: Señala que pagó los honorarios causados en ejecución de los contratos de prestación de servicios.

(v) Prescripción: Observa que entre cada contrato se presentaron interrupción hecho que determina la aplicación de la prescripción.

(vi) No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización: Señaló que no hay pagos por hacerle al demandante.

(vii) Buena fe de la demandada: Aduce que si se evalúan sanciones, se debe examinar la conducta de la entidad.

(viii) Enriquecimiento sin causa: Por pretender el pago de obligaciones no causadas.

ix) Innominada: Solicita que se declaren probadas las excepciones que resulten probadas dentro del presente proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito del **11 de marzo de 2022**, allegado vía correo electrónico, se ratificó en los fundamentos de la demanda, y solicita que se aplique el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues el demandante no laboró con autonomía administrativa, técnica y financiera, los servicios los prestó sin independencia, y de forma continua y permanente en la medida que la entidad se tomaba algunos días para el otro sí, sin que se afectara la prestación del servicio.

Además, considera que la actividad desarrollada se enfocaba en cumplir con las funciones misionales de la entidad, las labores desempeñadas corresponden a las actividades que ejecuta el contratante respecto de las condiciones físicas en que debían permanecer las diferentes unidades operativas, es más, aduce que el Decreto 149 de 2012 tiene la Subdirección de Plantas Físicas de la Dirección de Gestión Corporativa, incluso tenía personal de planta a su cargo, que tenían funciones que coincidían con los auxiliares contratistas que tenía a su cargo.

Al final, señala que advierte la presencia de los tres elementos del contrato realidad, en particular, expresó que la subordinación se desprende de la existencia de superiores o supervisores, que impartían órdenes, controlaban el horario y programaban los lugares donde debían desarrollar las funciones contratadas, incluso debía atender requerimientos por fuera del horario habitual, pues debía contar con disponibilidad las 24 horas, por su condición de arquitecto, lo que a su parecer limitaba su autonomía, además de que debía solicitar permisos para ausentarse. También estima probada la subordinación con los testimonios, y por el hecho que prestaba los servicios en las obras programadas por la entidad, que corresponden a la misionalidad de la demandada.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **25 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico, observa que las pruebas recaudadas sólo indican que el demandante tuvo varias relaciones contractuales. Frente al testimonio, expresó que se debe ser estricto en su valoración, porque lo tachó por imparcialidad, pues tiene un proceso de igual naturaleza contra la Secretaría Distrital de Integración Social.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción de cada uno de los contratos**, se precisa que será resuelta en el evento de dar prosperidad a las súplicas de la demanda y en cuanto a la **innominada**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de noviembre de 2021, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Petición elevada por el actor el 14 de febrero de 2019, radicado E2019007422, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.2.1.2. Oficio No. S2019018115 del 27 de febrero de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social negó la petición con radicado E2019227422, al sostener que el vínculo que

existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

5.2.1.3. Oficio S2019021565 del 7 de marzo de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social negó las peticiones con radicado E2019227422 y 356782019, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

5.2.1.4. Petición elevada por el demandante el 14 de febrero de 2019, con radicado E2019007423 por medio de la cual solicitó a la entidad demandada los contratos de prestación de servicios; el expediente administrativo; los certificados de tiempo de servicios, de aportes a la seguridad social y de retención en la fuente; y el informe sobre las personas con iguales funciones.

5.2.1.5 Oficio S2019019430 del 1º de marzo de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social responde la petición con radicado E2019007423 así: (i) identificación de los contratos de prestación de servicios de Apoyo a la Gestión suscritos, correspondiente a los Nos. 2500 de 2009, 139 de 2010, 1336 de 2011, 3568 de 2011, 769 de 2012, 2848 de 2012, 694 de 2013, 2585 de 2017 y 7879 de 2017, y condicionó su entrega al suministro del valor de las copias; (ii) indicó que se anexaba CD con información del expediente contractual; (iii) solicitó al demandante requerir los certificados sobre seguridad social a las entidades depositarias de la información; (iv) señaló que la Subdirección de Gestión y Desarrollo de Talento Humano determinó, con base en los manuales de funciones y competencias laborales que no existía un empleo con iguales funciones a las establecidas en los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor, ni empleo

con propósito principal igual al objeto de los respectivos contratos de prestación de servicios; (v) se adjuntaron los certificados de retención en la fuente

5.1.2.6. Certificado de descuento por retención en la fuente, reteica, estampillas Universidad Distrital y Proadulto Mayor durante la vigencia fiscal 2000 a 2018.

5.1.2.7 Certificado expedido el 11 de marzo de 2019, mediante el cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social describe los contratos de prestación de servicios con número, fecha de celebración, valor, fecha de inicio y terminación, objeto y obligaciones, que corresponden a los años 2009 a 2013 y 2017.

5.2.1.6. Copia de los contratos de prestación de servicios Nos. 2500 de 2009, 139 de 2010, 1636 y 3568 de 2011, 2848 de 2012, 769 de 2012, 694 de 2013, 585 y 7879 de 2017

5.2.1.7 Certificación expedida el 16 de marzo de 2021 por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social, mediante la cual se indica que Juan Francisco Iregui Ordoñez suscribió contratos de prestación de servicios con la siguiente descripción

No de Contrato	2017-2585	2017-7879
Suscripción	14 de febrero de 2017	3 de agosto de 2017
Inicio	16 de febrero de 2017	16 de agosto de 2017
Terminación	15 de agosto de 2017	30 de enero de 2018
Valor	31.464.000	28.842.000
Plazo	6 meses	5 meses y 15 días
Objeto	“PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES COMO ARQUITECTO (O INGENIERO) A LA SUBDIRECCIÓN DE PLANTAS FISICAS DE LA SDIS, EN EL AREA DE MANTENIMIENTO A LA INFRAESTRUCUTURA, PARA EJERCER LA SUPERVISIÓN TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LOS CONTRATOS Y/O PROYECTOS QUE LE SEAN ASIGNADOS.”.	

5.2.1.8 Expediente administrativo del actor que contiene: (i) la hoja de vida del formato oficial y la elaborada por el actor, (ii) estudios secundarios,

cursos y el Título de Arquitecto otorgado por la Universidad Piloto Colombia el 28 de agosto de 2008, (iii) la tarjeta profesional A25972008-86063330 del Consejo Profesional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares de Colombia; (iv) certificación expedida por la Jefe de la Oficina de Contratos de la **Secretaría de Educación Distrital** en la cual señala que Juan Francisco Iregui Ordoñez, suscribió los contratos 3502 de 17 de septiembre de 2015 y 2251 de 12 de abril de 2016, con la respectiva Acta de Supervisión Final del Contrato de Prestación de los precitados Contratos, en la cual se describe el contenido del contrato y el supervisor certifica la entrega a satisfacción conforme a lo estipulado en el contrato; y (v) el Oficio de Designación de Apoyo a la Supervisión del contrato 2585 de 2017 suscrito entre la Secretaría Distrital de Integración Social y Juan Francisco Iregui Ordoñez.

5.1.2.9 Certificado expedido por la Subdirectora de Gestión y Desarrollo de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, en los siguientes términos:

“Que en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social no existe empleo de planta con denominación igual y funciones completamente iguales a las denominadas según el objeto contractual suscrito con JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ en el periodo de vinculación con la Subdirección de Plantas Físicas”,

Que revisadas las fichas del manual de funciones asignadas a la dependencia de la Subdirección de plantas físicas, no se encontró una que contenga todas las actividades contratadas al señor JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ, sin embargo varias fichas asignadas a la dependencia de la Subdirección de Plantas Físicas incluyen NBC de arquitectura e ingeniería civil, en fichas de profesional especializado y universitario.”.

5.1.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.1.2.1 Grabación de la declaración del señor Ángel Giovanny Martínez Camargo, y el interrogatorio de parte, ambos recepcionados por el Juzgado en audiencia del 10 de marzo de 2022 y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de noviembre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral desde el año 2017 hasta el año 2018, tiempo en el que se afirma estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social, y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de los emolumentos, salarios y prestaciones sociales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

*“**Artículo 2.** Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y **en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones***¹. (Negrita del Despacho).

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la

² ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“(…)

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal

del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Sobre el particular, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo,

bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación judicial -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda-, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio recepcionado.

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 10 de marzo de 2022, tachó el testimonio del señor Ángel Giovanni Martínez Camargo por imparcialidad, toda vez que en su declaración manifestó que promovió un proceso contra la entidad demandada, y el aquí demandante es testigo dentro del proceso del declarante; por lo tanto, considera que tiene interés en las resultados del litigio, lo que conlleva a que sus declaraciones se vean afectadas de imparcialidad.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante solicitó que no sea tenida en cuenta la tacha porque afectaría el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, y el testigo es la persona idónea para declarar por presenciar los hechos.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, el señor Ángel Giovanni Martínez Camargo en su declaración señaló que promovió un proceso en contra de la entidad demandada, y el demandante es citado como testigo en su proceso; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a su declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento, amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por el deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del actor con la entidad demandada como compañero de trabajo que conoció de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, el señor Juan Francisco Iregui Ordoñez reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Arquitecto en la Secretaría Distrital de Integración Social.

Por su parte, la entidad demandada mediante los Oficios Nos.

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192.

S2019018115 del 27 de febrero de 2019, y S2019021565 del 7 de marzo de 2019, le negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con el actor, obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** el salario como retribución del servicio. **iii)** y la subordinación o dependencia

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas el 11 de marzo de 2019 y el 16 de marzo de 2021 por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social quedó plenamente demostrado que el demandante prestó sus servicios a dicha Secretaría, de acuerdo con la siguiente información:

No de Contrato	2017-2585	2017-7879
Suscripción	14 de febrero de 2017	3 de agosto de 2017
Inicio	16 de febrero de 2017	16 de agosto de 2017
Terminación	15 de agosto de 2017	30 de enero de 2018
Valor	31.464.000	28.842.000
Plazo	6 meses	5 meses y 15 días
Objeto	“PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES COMO ARQUITECTO (O INGENIERO) A LA SUBDIRECCIÓN DE PLANTAS FÍSICAS DE LA SDIS, EN EL AREA DE MANTENIMIENTO A LA INFRAESTRUCUTURA, PARA EJERCER LA SUPERVISIÓN TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LOS CONTRATOS Y/O PROYECTOS QUE LE SEAN ASIGNADOS.”.	

En este sentido, se encuentra demostrado que la prestación personal del servicio transcurrió del 14 de febrero al 3 de agosto de 2017 y desde el 15 de agosto de 2017 al 30 de enero de 2018, y que según los citados certificados tiene un mismo objeto y las siguientes obligaciones:

“1 Apoyar al Subdirector(a) de Plantas Físicas en las actividades con el Grupo de Mantenimiento en la atención oportuna de las solicitudes de reparaciones locativas y obras menores.

2 Apoyar al Subdirector(a) de Plantas Físicas en lo referente a la elaboración de estudios previos, términos de referencia o pliego de condiciones, evaluación de propuestas y seguimiento de los procesos para la contratación relacionados con el mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura física que se requieren en los diferentes Centros y Sedes de la Secretaría

3 Apoyar al Subdirector(a) de Plantas Físicas en la coordinación de todos los contratos de obra, contratos de prestación de servicios, ordenes de prestación de servicio, órdenes de compra, contratos de suministro, interventorías, asesorías, recurso humano y demás que se tramiten y/o suscriban con ocasión del mejoramiento de la infraestructura

4 Apoyar al Subdirector(a) de Plantas Físicas en los procedimientos y controles para el mejoramiento continuo de las actividades del Grupo de mantenimiento

5 Realizar las visitas técnicas necesarias para verificar el estado en el cual se encuentren los centros y Sedes que requieran de mantenimiento y elaborar diagnósticos buscando darle solución a los problemas que se presenten, de acuerdo a los estándares establecidos por la SDIS y a las normas legales vigentes para tal fin.

6 Apoyar al Subdirector(a) de Plantas Físicas en la supervisión técnica, administrativa y contable de los diferentes contratos que se presenten, relacionados con su área profesional.

7 Conceptuar sobre los diseños arquitectónicos, estudios técnicos y económicos presentados en las propuestas contenidas en las licitaciones o contratos de obra pública.

8 Coordinar con cada una de las dependencias de la SDIS respectivas a cada proyecto los aspectos a tener en cuenta en el plan de contratación en lo referente al mantenimiento de bienes inmuebles.

9 Elaborar, organizar y actualizar permanentemente las fichas técnicas de cada inmueble al servicio de la Secretaría, para llevar el control sobre las inversiones o situaciones que se presenten en éstos y entregar la información por equipamiento de las inversiones realizadas en mantenimiento para ser enviada al área de Contabilidad.

10 Verificar que se dé el trámite oportuno a las solicitudes que atiende el Grupo, relacionado con los servicios que presta el área y el pago de éstos cuando se hayan contratado.

11 Elaborar y tramitar oportunamente ante el Subdirector de Plantas Físicas, las respuestas a las solicitudes de servicio de mantenimiento y reparación de bienes inmuebles que afectan por su estado la prestación de los servicios sociales, así como las que van dirigidas a organismos de control y administrativos.

12 Las demás que el Subdirector de Plantas Físicas o el supervisor le señale dentro del objeto contractual.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos u obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios, suscritos entre el señor Juan Francisco Iregui Ordoñez y la Secretaría Distrital de Integración Social, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, previo visto bueno por parte del supervisor del contrato, y por tal motivo, se le practicaron descuentos por retención en la fuente, por ICA y estampillas de la Universidad Distrital y Proadulto Mayor.

En estos términos, el Despacho estima probado el elemento de la remuneración, máxime cuando en cada uno de los argumentos de la entidad, durante su defensa, ha sido que no quedaron pagos pendientes de realizar con ocasión de la ejecución de los aludidos contratos de prestación de servicios.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que las partes discutieron acerca del carácter misional de la actividad contratada, conforme al objeto y obligaciones contractuales antes transcritas. La postura de la parte actora se contrae a que realizó una actividad misional, porque la Secretaría Distrital de Integración Social tiene una dependencia conocida como Subdirección de Plantas Físicas. La demandada, por su parte, sostiene que la actividad contratada no forma parte de la misión de la entidad, de acuerdo con el Decreto 607 de 2007.

Sobre el particular, el Despacho considera que le asiste razón a la entidad demandada, pues el Decreto Distrital 607 de 2007 claramente señala su misión es prestar servicios sociales básicos a la población vulnerable, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Objeto. La secretaría distrital de integración social, tiene por objeto orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para

quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social.

Artículo 2°. Funciones. La Secretaría Distrital de Integración Social, tendrá las siguientes funciones básicas:

a) Formular, orientar y desarrollar políticas sociales, en coordinación con otros sectores, organismos o entidades, para los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, en especial de aquellos en mayor situación de pobreza y vulnerabilidad y promover estrategias que permitan el desarrollo de sus capacidades.

b) Dirigir la ejecución de planes, programas y proyectos de restablecimiento, prevención, protección y promoción de derechos de las personas, familias y comunidades, en especial aquellas de mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. c) Establecer objetivos y estrategias de corto, mediano y largo plazo, para asegurar la prestación de servicios básicos de bienestar social y familiar a la población objeto. d) Desarrollar políticas y programas para la rehabilitación de las poblaciones vulnerables en especial habitantes de la calle y su inclusión a la vida productiva de la ciudad.

e) Ejercer las funciones de certificación, registro y control asignadas al Departamento Administrativo Bienestar Social en las disposiciones vigentes y las que le sean asignadas en virtud de normas nacionales o distritales”.

En ese sentido, la norma transcrita señala que, en materia de servicios sociales, la actividad permanente y continúa de la Secretaría Distrital de Integración Social se contrae a la formular y dirigir las políticas, planes, programas y proyectos en beneficio de la población vulnerable del Distrito Capital, más no la ejecución de los mismos.

Ahora, si bien es cierto, el artículo 3 del Decreto Distrital 607 de 2007, modificado por el artículo 1° del Decreto 149 de 2012, indica que forma parte de su estructura interna la Subdirección de Plantas Física, ubicada dentro de la Dirección de Gestión Corporativa, también se puede apreciar en el artículo 13 del Decreto 607 de 2007 que a dicha Subdirección le compete la planeación y dirección de todo lo relacionado con las obras para el mantenimiento de la adecuación de la planta física.

Bajo tal entendimiento, sólo cabría afirmar que el actor realizó una labor misional de la entidad, si hubiese formado parte de los equipos encargados de formular y dirigir los planes, programas y proyectos de construcción, y en particular, de las obras de mantenimiento en las unidades físicas donde

se lleva a cabo el objeto social de la entidad. Al ir al objeto y obligaciones contractuales, arriba transcrito, es fácil apreciar que el actor, en su condición de Arquitecto, no formulaba ni dirigía los planes, programas y proyectos de obras de mantenimiento de las instalaciones físicas de Comisarias de Familia, Jardines Infantiles y Centros de Atención al Adulto Mayor, como se puede corroborar con el testimonio de Ángel Giovanni Martínez Camargo, y el propio interrogado de parte.

En realidad, el demandante se dedicaba a garantizar la realización de las obras de mantenimiento de las aludidas instalaciones físicas, que previamente el Subdirector de Planta Física tenía planeadas, programadas o proyectadas. En efecto, tanto el citado testigo, como el interrogado, señalaron que este desarrollaba su actividad contractual en calidad de Arquitecto Residente, es decir, tenía que estar en el lugar donde se desarrollaba la obra de mantenimiento, en la cual no estaban los funcionarios que planeaban y dirigían la obra, quienes sólo iban, esporádicamente, a supervisar que se estuviera cumplimiento con lo previamente programado, como lo reconoció el propio interrogado.

Ello explica porque la Subdirectora de Gestión y Desarrollo de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, certificó que “*en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social **no existe empleo de planta con denominación igual y funciones completamente iguales a las denominadas según el objeto contractual suscrito con JUAN FRANCISCO IREGUI ORDOÑEZ en el periodo de vinculación con la Subdirección de Plantas Físicas***” (negritas fura del texto original).

Es más, los declarantes manifestaron que el Supervisor de la entidad era quien hacía los cambios al ir a supervisar la obra, pues a su cargo se encontraba el plan o programación de la obra, y determinaba si se estaba cumpliendo materialmente y a tiempo con el proyecto asignado al contratista.

Así las cosas, concluye el Despacho que el actor **no desarrollaba una función misional de la entidad, y tampoco de la Subdirección de Planta Física**. Las declaraciones que sirven de base a esta providencia, indican que desarrollaba la programación establecida por la Subdirección de la Planta Física, y en tal virtud, su función se limitaba a garantizar que los técnicos hicieran bien la actividades de mantenimiento en paredes, ventanas, pisos, instalaciones eléctricas y el sistema hidrosanitario, y hacer la entrega al Supervisor delegado por la entidad.

De ahí, que tanto el interrogado, como el testigo, expresaran que los horarios los determinaba la obra, pues ellos reconocen que se llegaba de 7 a.m. u 8 a.m. y permanecían en las unidades operativas de la entidad hasta cuando se terminara la labor, porque no se podían cerrar las instalaciones en mantenimiento, dado que la entidad tenía que cumplir con su objeto social, y las actividades de construcción no podían afectar el servicio, circunstancia que llevaba a que tuvieran que comenzar o desarrollar la labor contratada en horarios o momentos en los que no hubiera atención al público, lo que implicaba laborar hasta altas horas de la noche o fines de semana, como lo reconocen en sus declaraciones.

Es claro, igualmente, que el accionante, para desarrollar su actividad contractual no acudía a los conocimientos de quienes hacían la planeación y programación, sino que en el terreno actuaba con total autonomía e independencia, conforme se lo indicaba su formación profesional como Arquitecto, pues el mismo reconoce, en el interrogatorio, que era él quien determinaba si los técnicos hacían bien la labor asignada, pues era él, -y no los técnicos-, quien hacía la entrega de la obra, lo que explica porque se le apremiaba por el cumplimiento de los tiempos de entrega, y tuviera que informar verbalmente si tenía que ausentarse.

Ahora, el hecho que el contratista actuara bajo supervisión de funcionarios de la entidad, y se le exigiera cumplir con los tiempos de entrega y estar continuamente en las instalaciones en mantenimiento, no implica que se encontrara bajo subordinación y dependencia. En esta dirección, se

observa que la figura del Supervisor no es ajena al contrato de prestación de servicios, pues el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”.

A tono con el anterior precepto legal, el Consejo de Estado ha reconocido, en su jurisprudencia, que la supervisión es propia de la actividad de coordinación que ejerce la entidad sobre los contratos de prestación de servicios, según se lee en el siguiente aparte⁷:

“(…)

Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.”.

En particular, sobre la actividad de supervisión la mencionada Corporación⁸ expresó lo siguiente:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia el 16 de abril de 2021, Rad. 25000-23-42-000-2014-03645-01(1281-19). Actor: Aída Barragán Perdomo, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad. Igualmente, sentencia de 18 de marzo de 2021, Rad. 20001-23-33-000-2014-00151-01(1318-16). Actor: Ana Isabel Ochoa Tamara. Demandado: Departamento del Cesar – Asamblea.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Duarte, Sentencia de 19 de abril de 2021. Rad. 05001-23-31-000-2000-01947-01(1757-12). Actor: Jesús Erned Pérez Carvajal. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

“(…)

*No obstante, para la Sala, el cumplimiento de un horario y/o el seguimiento a la forma en que se cumplía la función no constituyen elementos que por sí solos sean suficientes para demostrar el aspecto sustancial de la **subordinación**. Lo anterior, por cuanto lo narrado por los deponentes bien puede hacer parte de la necesaria **coordinación** que debe existir entre los extremos de un vínculo contractual, en cuanto a la manera en que deben prestarse los servicios que necesita la administración.*

*En efecto, hechos como los descritos han determinado el criterio hermenéutico de esta Subsección para diferenciar el vínculo laboral del contractual, precisándose que no toda relación de servicios implica per se la existencia del elemento subordinatorio, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de **coordinación de actividades**, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.” (negrillas del texto).*

Así las cosas, es evidente que el demandante desarrollaba el objeto y obligaciones contractuales con la necesaria coordinación de la entidad, para, precisamente, lograr que la obra de mantenimiento se cumpliera de acuerdo con lo planeado y programado por la entidad. Sin embargo, la coordinación que ejercía la administración a través del respectivo Supervisor no impedía que el contratista actuara con la autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, aspectos que se constituyen en los elementos esenciales del contrato de prestación, pues el accionante ejecutaba el contrato de acuerdo con sus conocimientos profesionales, con base en los cuales determinaba si los técnicos ejecutaban la obra en las condiciones requeridas para hacer entrega al Supervisor delegado por la entidad.

En efecto, el único testigo en este juicio, prestó servicios como técnico contratista, e indicó que el actor fungía como su Jefe, quien siempre estaba pendiente de la forma como se hacían las labores de mantenimiento y de cumplir con los tiempos de entrega.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que la autonomía e independencia acontece cuando *“el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas”*, aparte extraído de la sentencia C-154 de 1997 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 32 (Num. 3º) de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, al no configurarse el elemento de la subordinación, es válido afirmar que tampoco existió una relación laboral entre las partes, y por consiguiente, la administración actuó conforme a la legalidad al negar el reconocimiento de los emolumentos salariales, prestacionales e indemnizatorios o sancionatorios que se reclaman con la demanda, razón por la cual se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

VI. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DENEGAR las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 006, de hoy 07 de abril de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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:
03a646262cfa6617653c953796f684957c0cc99be8b1f33cad00b62ffc4a958a
Documento generado en 06/04/2022 07:45:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2019-00406-00**
Demandante: **ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO y OTROS**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

Los señores **ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.456.070; **PEDRO PABLO FONSECA VARELA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.323.770; **GILBERTO ANDRÉS MORILLO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.198.848; **ROSA MARIA BLANCO DE GÓMEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.636.109; **ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.570.847; **LUIS NERY OCAMPO ARROYO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.891.430; **MARINA ARIZA DE CORTÉS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.306.199; **ERNESTO DIAZ MORENO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.314.906; **JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.407.795 y **ELSA ORTIZ DE MONTOYA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.523.588, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

PRETENSIONES INDIVIDUALES

Caso No. 1. Demandante ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO

i) Se declare la nulidad del Oficio No. S2018-190015 del 07 de noviembre de 2018, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se declare la nulidad del Oficio No. 20190870244181 del 07 de febrero de 2019, proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, a través del cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

Caso No. 2. Demandante PEDRO PABLO FONSECA VARELA

i) Se declare la nulidad del Oficio No. S2018-150433 del 01 de septiembre de 2018, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual se negó al demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se declare la nulidad del Oficio No. 20190870277801 del 13 de febrero de 2019, proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, a través del cual se negó al demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

Caso No. 3. Demandante GILBERTO ANDRÉS MORILLO

i) Se declare la nulidad del Oficio No. S2018-161506 del 20 de septiembre de 2018, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual se negó al demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20180322837202 del fecha 26 de septiembre de 2018 donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO, frente a la petición formulada ante la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A

Caso No. 4. Demandante ROSA MARIA BLANCO DE GÓMEZ

i) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la Secretaria de Educación de Bogotá D.C- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C, mediante Resolución No. 3341 del 02 de Abril de 2018 NO realizó ningún pronunciamiento sobre el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A mediante oficio No. 20170930656361 del 06 de Junio de 2017, dio respuesta parcial a la petición radicada con No. 20170321387372 de 05 de junio de 2017 ya que no hizo pronunciamiento de fondo sobre el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de

seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad de los ACTOS FICTOS O PRESUNTOS NEGATIVOS con ocasión del silencio administrativo frente a las peticiones formuladas ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A.

Caso No. 5. Demandante ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS

i) Se declare la nulidad de la Resolución No. 12069 del 03 de Diciembre de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A, NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20180322684932 de fecha 13 de septiembre de 2018 donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO, con ocasión del silencio administrativo frente a la petición formulada ante la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A.

Caso No. 6. Demandante LUIS NERY OCAMPO ARROYO

i) Se declare la nulidad de la Resolución No. 201 del 18 de Enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó al demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso

por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20180322680262 de fecha 13 de septiembre de 2018, donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO con ocasión del silencio administrativo frente a la petición formulada ante la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A.

Caso No. 7. Demandante MARINA ARIZA DE CORTÉS

i) Se declare la nulidad de la Resolución No. 5035 del 23 de Mayo de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A, NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20170931496021 de fecha 27 de noviembre de 2017 y dio respuesta parcial a la petición radicada con el No. 20170322794682 de fecha 23 de octubre de 2017, donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO con ocasión del silencio administrativo frente a la petición formulada ante la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A.

Caso No. 8. Demandante ERNESTO DÍAZ MORENO

i) Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 355 del 22 Enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó al demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A, NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20170931493491 de fecha 27 de noviembre de 2017 y dio respuesta parcial a la petición radicada con el No. 20170322437682 de fecha 19 de septiembre de 2017, donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia, se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO con ocasión del silencio administrativo frente a la petición formulada ante la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A

Caso No. 9. Demandante JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA

i) Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 398 del 24 de enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se tenga como configurado el ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada FIDUCIARA LA PREVISORA S.A, NO realizó ningún pronunciamiento sobre la petición No. 20170931391461 de

fecha 08 de noviembre de 2017 y dio respuesta parcial a la petición radicada con el No. 20170322859752 de fecha 30 de octubre de 2017, donde se solicitaba el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año

iii) Como consecuencia se declare la nulidad de los ACTOS FICTOS O PRESUNTOS NEGATIVOS con ocasión del silencio administrativo frente a las peticiones formuladas ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Caso No. 10. Demandante ELSA ORTIZ DE MONTOYA

i) Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4648 del 09 de mayo de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

ii) Se declare la nulidad del Oficio No. 20170930669971 del 8 de junio de 2017, proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, a través del cual se negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

PRETENSIONES CONJUNTAS:

i) Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se sirva condenar a la parte demandada a:

- Reintegrar los valores descontados en exceso por concepto de seguridad social en salud, en las mesadas adicionales de junio y/o diciembre, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia para cada uno de los demandantes
- Suspender los referidos descuentos sobre las mesadas pensionales

- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas adeudadas por concepto de los reintegros solicitados anteriormente, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión de cada demandante hasta que se haga efectivo el pago, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del C. P. A. C. A.
- Condenar a la parte demandada en costas en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

GENERALES

Cada uno de los demandantes laboraron como docentes al servicio de la Secretaria de Educación de Bogotá y les fue reconocida pensión por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá, y desde el primer pago de las mesadas pensionales reconocidas se les vienen efectuando descuentos para EPS(salud), sobre las mesadas adicionales, esto sin que exista una norma vigente que así lo ordene, tanto en las leyes que rigen la seguridad social como en el régimen que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Cada uno de los demandantes efectuó el agotamiento de la vía gubernativa ante las entidades accionadas, así:

Caso No. 1. Demandante ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO

- i) Mediante la Resolución No. 1895 del 25 de abril de 2012, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.
- ii) A través de petición con radicado No. E-2018-166424 del 31 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del

valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos

iii) Mediante oficio No. S-2018-190015 del 07 de noviembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) La actora radicó petición con No. 20190320220442 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20190870244181 del 07 de febrero de 2019, la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Caso No. 2. Demandante PEDRO PABLO FONSECA VARELA

i) Mediante la Resolución No. 07403 del 26 de diciembre de 2002, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018-132116 del 29 de Agosto de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos

iii) Mediante oficio No. S-2018-150433 del 01 de noviembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) El actor radicó petición con No.20190320356812 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros

descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20190870277801 del 13 de febrero de 2019, la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

Caso No. 3. Demandante GILBERTO ANDRES MORILLO

i) Mediante la Resolución No. 2188 del 22 de noviembre de 1994, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018-139144 del 11 de septiembre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos

iii) Mediante oficio No. S-2018-161506 del 20 de septiembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) El actor radicó petición con No.20180322837202 de fecha 26 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Hasta la fecha de la presentación de esta demanda, Fiduciaria la Previsora S. A. NO ha dado respuesta frente a la mencionada petición

Caso No. 4. Demandante ROSA MARIA BLANCO DE GÓMEZ

i) Mediante la Resolución No. 0853 del 16 de diciembre de 1999, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2017-169460/2017-PENS-488699 del 28 de septiembre de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos

iii) Mediante Resolución No. 3341 del 02 de abril de 2019 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se ordenó ajustar la pensión de jubilación pero guardó silencio ante la petición del reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) La actora radicó petición con No.20170321387372 de fecha 05 de junio de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20170930656361 del 06 de junio de 2017, la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que la demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

Caso No. 5. Demandante ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS

i) Mediante la Resolución No. 5219 del 19 de septiembre de 2002, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018165306/2018-PENS-660834 del 30 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Mediante Resolución No. 12069 del 03 de diciembre de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) La actora radicó petición con No.20180322684932 de fecha 13 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Hasta la fecha de la presentación de esta demanda, la Fiduciaria la Previsora S. A. NO ha dado respuesta frente a la mencionada petición.

Caso No. 6. Demandante LUIS NERY OCAMPO ARROYO

i) Mediante la Resolución No. 822 del 15 de marzo de 2001 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018-155605/2018-PENS-649788 del 11 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Mediante Resolución No. 201 de 18 de enero de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) La actora radicó petición con No.2018032260262 de fecha 13 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Hasta la fecha de la presentación de esta demanda, la Fiduciaria la Previsora S. A. NO ha dado respuesta frente a la mencionada petición.

Caso No. 7. Demandante MARINA ARIZA DE CORTÉS

i) Mediante la Resolución No. 5526 del 04 de octubre de 2002, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018-10228/2018-PENS-521876 del 22 de enero de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Mediante Resolución No. 5035 del 23 de mayo de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) La actora radicó petición con No.20170322794682 de fecha 23 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20170931496021 del 27 de noviembre de 2017, la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el

momento en que la demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Caso No. 8. Demandante ERNESTO DÍAZ MORENO

i) Mediante la Resolución No. 4914 del 23 de septiembre de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2018-50832/2018-PENS-542256 del 22 de marzo de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Mediante Resolución No. 355 de 22 de enero de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) El actor radicó petición con No.20170322793752 de fecha 23 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20170931493491 del 27 de noviembre de 2017, la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que el demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

Caso No. 9. Demandante JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA

i) Mediante la Resolución No. 2659 del 24 de junio de 2010, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2017-218558/2017-PENS-515082 del 14 de diciembre de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Mediante Resolución No. 398 de 24 de enero de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) La actora radicó petición con No.20170322859752 de fecha 30 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20170931391461 del 08 de noviembre de 2017, la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que la demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Caso No. 10. Demandante ELSA ORTIZ DE MONTOYA

i) Mediante la Resolución No. 03673 del 06 de diciembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) A través de la petición con radicado No. E-2017-141958/2017-PENS-472839 del 14 agosto de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos

iii) Mediante Resolución No. 4648 del 09 de mayo de 2018 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) La actora radicó petición con No.20170321228712 del 17 de mayo de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Por medio del Oficio No. 20170930669971 del 08 de junio de 2017, la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de los demandantes estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 57 y 153 de 1887; 33 y 62 de 1985; 91 de 1989; 4ª de 1992; 60, 115 y 100 de 1993; 812 de 2003 y el Decreto 1073 de 2002.

Señala que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – *respectivamente*, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito del **26 de Junio de 2020**, allegado vía correo electrónico el 10 de julio del mismo año, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA S.A:

Señala que La Nación - Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, de lo cual se colige que la FIDUPREVISORA ACTUA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG. esto, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del mencionado contrato.

En ese sentido, aclara que los recursos administrados provienen del Fondo de Prestaciones sociales del magisterio, que si bien es cierto, son recursos públicos su disponibilidad depende y se condicionan a las instrucciones del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional.

Por lo anterior, afirma que los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG no pueden administrarse al arbitrio propio de Fiduprevisora S.A. toda vez que se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial e incluso en delitos de carácter

punible, toda vez que para los pagos que deben realizarse debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.

LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURIDICA:

Afirma que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008 en el 12%.

En ese sentido, anota que solo en lo que respecta a porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin embargo, esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Finalmente, aduce que si bien, las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 “norma especial y posterior” si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8o.

De lo anterior, se evidencia que no es viable acceder a las pretensiones propuestas por los demandantes, toda vez que carecen de fundamento normativo, bajo los preceptos jurisprudenciales y jurídicos enunciados.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El auto que ordenó correr traslado para alegar fue notificado por del **11 de febrero de 2022**, razón por la cual el plazo para alegar los alegatos de conclusión feneció el 25 de febrero de 2022, lapso en el que las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Respecto a la excepción de ***falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.***, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, en cuyo artículo 9 se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago y descuentos en salud de las mesadas adicionales de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas para efectuar los descuentos de dichas prestaciones socio- económicas; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones del demandante y no la Fiduciaria la Previsora S.A, razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada de la Fiduprevisora S.A.

De otra parte, frente a las excepciones de ***legalidad del acto administrativo e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica***, este Despacho considera que tales

argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituyen excepciones de mérito alguna que impidan resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

Caso No. 1. Demandante ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO

i) Resolución No. 1895 del 25 de abril de 2012, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-166424 del 31 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Oficio No. S-2018-190015 del 07 de noviembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No. 20190320220442 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20190870244181 del 07 de febrero de 2019, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora.

vii) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

Caso No. 2. Demandante PEDRO PABLO FONSECA VARELA

i) Resolución No. 07403 del 26 de diciembre de 2002, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-132116 del 29 de Agosto de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Oficio No. S-2018-150433 del 01 de septiembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Oficio No. 20190870277801 del 13 de febrero de 2019, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

v) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor.

vi) Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

Caso No. 3. Demandante GILBERTO ANDRÉS MORILLO

i) Resolución No. 2188 del 22 de noviembre de 1994, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-139144 del 11 de septiembre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Oficio No. S-2018-161506 del 20 de septiembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.20180322837202 de fecha 26 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

Caso No. 4. Demandante ROSA MARIA BLANCO DE GÓMEZ

i) Resolución No. 0853 del 16 de diciembre de 1999, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2017-169460/2017-PENS-488699 del 28 del 28 de septiembre de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para

salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 3341 del 02 de abril de 2019 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se ordenó ajustar la pensión de jubilación pero guardó silencio ante la petición del reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.20170321387372 de fecha 05 de junio de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20170930656361 del 06 de junio de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que la demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

Caso No. 5. Demandante ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS

i) Resolución No. 5219 del 19 de septiembre de 2002, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018165306/2018-PENS-660834 del 30 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 12069 del 03 de diciembre de 2018, proferida la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.20180322684932 de fecha 13 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

Caso No. 6. Demandante LUIS NERY OCAMPO ARROYO

i) Resolución No. 822 del 15 de marzo de 2001 mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-155605/2018-PENS-649788 del 11 de octubre de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 201 del 18 de enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.2018032260262 de fecha 13 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Copia de la cédula de ciudadanía del actor

Caso No. 7. Demandante MARINA ARIZA DE CORTÉS

i) Resolución No. 5526 del 04 de octubre de 2002, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-10228/2018-PENS-521876 del 22 de enero de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 5035 de 23 de mayo de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.20170322794682 de fecha 23 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20170931496021 del 27 de noviembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que la demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

Caso No. 8. Demandante ERNESTO DÍAZ MORENO

i) Resolución No. 4914 del 23 de septiembre de 2013, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2018-50832/2018-PENS-542256 del 22 de marzo de 2018 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 355 de 22 de enero de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

iv) Petición con No.20170322793752 de fecha 23 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20170931493491 del 27 de noviembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que el demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

v) Copia de la cédula de ciudadanía del actor

Caso No. 9. Demandante JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA

i) Resolución No. 2659 del 24 de junio de 2010, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2017-218558/2017-PENS-515082 del 14 de diciembre de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 398 del 24 de enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) Petición con No.20170322859752 de fecha 30 de octubre de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20170931391461 del 08 de noviembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. adjuntó los extractos de pagos desde el momento en que el demandante se pensionó, donde se evidencian los valores recibidos y los descuentos efectuados, sin embargo, la entidad no se pronunció sobre la petición de reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

Caso No. 10. Demandante ELSA ORTIZ DE MONTOYA

i) Resolución No. 03673 del 06 de diciembre de 2005, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

ii) Petición con radicado No. E-2017-141958/2017-PENS-472839 del 14 agosto de 2017 elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos.

iii) Resolución No. 4648 del 09 de mayo de 2018 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se NEGÓ el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales

iv) Petición No.20170321228712 del 17 de mayo de 2017 ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

v) Oficio No. 20170930669971 del 08 de junio de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. Negó el reintegro y suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales y adjuntó extractos.

5.3 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Tal como se determinó en providencia del 10 de febrero de 2022 , los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

i) Si se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta a las peticiones elevadas por i) GILBERTO ANDRÉS MORILLO, el 26 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. ii) ROSA MARÍA BLANCO DE GÓMEZ, el 28 de septiembre de 2017, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 5 de junio de 2017, ante la Fiduprevisora S.A iii) ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS, el 13 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A., iv) LUIS NERY OCAMPO ARROYO, el 13 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. v) MARINA ARIZA DE CORTÉS, el 23 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. vi) ERNESTO DÍAZ MORENO, el 23 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria

la Previsora S. A. y vii) JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA, el 30 de octubre de 2017, ante la Fiduprevisora S.A.

ii) Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de los demandantes en calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de junio y diciembre (respectivamente), son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud y,

iii) Si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.1 DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y nulidad de los actos fictos presuntos negativos producto de los silencios de la administración frente a las peticiones elevadas por los señores GILBERTO ANDRÉS MORILLO, el 26 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. ii) ROSA MARÍA BLANCO DE GÓMEZ, el 28 de septiembre de 2017, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 5 de junio de 2017, ante la Fiduprevisora S.A iii) ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS, el 13 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A., iv) LUIS NERY OCAMPO ARROYO, el 13 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. v) MARINA ARIZA DE CORTÉS, el 23 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. vi) ERNESTO DÍAZ MORENO, el 23 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. y vii) JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA, el 30 de octubre de 2017, ante la Fiduprevisora S.A., mediante las cuales solicitaron a las entidades demandadas la devolución y suspensión de los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre que les fueron reconocidas.

Sobre el particular, es preciso aclarar que en cada uno de los casos señalados se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las citadas entidades hayan resuelto las peticiones descritas anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.”*

Lo anterior, por cuanto en los casos de la señora ROSA MARÍA BLANCO DE GÓMEZ, MARINA ARIZA DE CORTÉS, ERNESTO DÍAZ MORENO y JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA la Fiduprevisora S.A dio respuesta a las peticiones interpuestas pero de manera parcial pues solo allegó los extractos de pago, y sobre los descuentos no se pronunció.

5.3.2 MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un ***máximo del 12 % del salario base de cotización”***.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”* dispuso que ***“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”***, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

5.3.2.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, así: *“Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....”***.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”*.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

5.3.2.2. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez¹, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes

¹ Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 42 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

(...)

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

*51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.***

(...)

*53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993** de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.*

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

² El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones**, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...). (Negritas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(...)

1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

«Artículo 1º. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**
(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...).

Luego, indicó:

“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados

“(...)”

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(...)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por**

ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.”

En ese sentido, anotó:

“ (...)

Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado

en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.
“(…)

Finalmente, concluyó:

“2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(…)” (subrayas del Despacho).

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(…)

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.**

89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber

de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, los demandantes pretenden que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio** y **diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

En ese sentido, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconoció la pensión de jubilación a los señores ANA GILMA QUINTERO BRICEÑO, PEDRO PABLO FONSECA VARELA, GILBERTO ANDRÉS MORILLO, ROSA MARIA BLANCO DE GÓMEZ, ANA BEATRIZ VARGAS ROJAS, LUIS NERY OCAMPO ARROYO, MARINA ARIZA DE CORTÉS, ERNESTO DÍAZ MORENO, JUDITH MACCHI DE CASTAÑEDA y ELSA ORTÍZ DE MONTOYA.

Así mismo, se acredita que los actores elevaron reclamación administrativa ante el Ministerio de Educación Nacional, con el propósito de que se le realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitud que fue denegada a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

Igualmente, se acompañaron al proceso algunos de los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados los demandantes, donde constan que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre la mesada adicional del mes de junio y diciembre

No obstante, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

5.4 COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que los actores en el curso del proceso hayan incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, propuesta por la apoderada de la Fiduciaria la Previsora S.A., de conformidad con las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de los demandantes.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá
Expediente No. 2019-00406-00

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 006, de hoy 7 de abril de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA DOLÓN CARRASCO Secretaría

Ljr.

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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:

9922f69f73340ffb6ba1dbe97e1b3878fb33fa419bfe375166871435e0f59aff

Documento generado en 30/03/2022 05:10:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00047-00
Demandante: EUTIMIO PEÑA RIVEROS
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-
CREMIL
Asunto: SENTENCIA

El señor **EUTIMIO PEÑA RIVEROS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.418.582 de Acacias, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, correspondiendo dictar Sentencia.

Sobre el particular advierte el Despacho que la entidad demandada al momento de presentar alegatos de conclusión presentó fórmula conciliatoria parcial sobre una de las pretensiones de la demanda, la cual fue puesta en conocimiento de la parte demandante, mediante auto del 21 de octubre de 2021, sin obtener respuesta, razón por la cual se procede a definir de fondo el presente asunto.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

i) Se declare la nulidad del Oficio No. 75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019, por medio del cual la entidad demandada le negó la reliquidación de la asignación de retiro del setenta (70%) por ciento conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-

CREMIL a la reliquidación del (70%) de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

ii) Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 57157 consecutivo anual con fecha de notificación del 09 de julio de 2019, por medio del cual la entidad demanda le negó la reliquidación del SUBSIDIO FAMILIAR en la asignación de retiro y como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL al pago de la diferencia del subsidio familiar en la asignación de retiro conforme el Decreto 1794/00 modificado por el Decreto 3770/09 por derecho a la igualdad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.7.

iii) Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019, por medio del cual la entidad demanda le negó la inclusión y reliquidación de la PRIMA DE NAVIDAD en la asignación de retiro y como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL al reconocimiento, pago e inclusión de la PRIMA DE NAVIDAD en la liquidación de la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

iv) Se aplique la prescripción cuatrienal desde la fecha de la petición que corresponde en cada caso, esto es 20 de agosto 2019 y 12 de junio 2019.

iv) Se realice el pago total del capital, la indexación e intereses de ley hasta la actualización del pago total de la obligación.

v) Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el demandante, ingresó a laborar en el Ministerio de Defensa en condición de soldado regular.

1.2.2. Que la vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la ley 131 de 1995.

1.2.3. Que a partir del 1° de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros de los Decretos 1793 y 1704 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004 del orden ministerial de Defensa Nacional.

1.2.4. Que el demandante estuvo vinculado al EJÉRCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA, durante más de veinte (20), con derecho a la asignación de retiro.

1.2.5 Que La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconoció ASIGNACION DE RETIRO mediante resolución No. 10849 de 10 de abril de 2018

1.2.6 Que en la Resolución de la asignación de retiro del demandante, la liquidación del setenta (70%) por ciento, al aplicar la fórmula no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

1.2.7 Que CREMIL liquida el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y liquida el setenta por ciento (70%)

1.2.8 Que CREMIL al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro del demandante, no ha efectuado el reajuste como es debido al 70% toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar.

1.2.9 Que mediante oficio No. 20421597 del 20 de Agosto de 2019 el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-Cremil-, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del setenta (70%) por ciento conforme con lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

1.2.10 Que mediante oficio No.75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL negó la anterior solicitud.

1.2.11 Que en servicio activo el demandante devengaba subsidio familiar el cual le fue cancelado mes a mes, de conformidad con el Decreto 1794 de 20.00 y fue incluido en su hoja de servicios.

1.2.12 Que en la Resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante le fue incluido el subsidio familiar en un porcentaje del 30% por ciento de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

1.2.13 Que Mediante oficio No. 20399379 del 12 de junio de 2019 el demandante radicó derecho de petición ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, solicitando el reconocimiento y pago de la diferencia del subsidio familiar.

1.2.14 Que mediante oficio No. 57157 consecutivo anual con fecha de notificación del 09 de julio de 2019 la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, le negó el derecho al demandante al pago de la diferencia del subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000.

1.2.15 Que mediante Sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección B- Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés. Radicado:11001-03-25-000-2010-00065-00 Número interno: 0686-210 Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldado e Infantes de Marina Profesionales “SEDESOL” Demandado: Gobierno Nacional, se declaró la nulidad total del Decreto 3770 de 2009.

1.2.16 Que en servicio activo el demandante devengaba PRIMA DE NAVIDAD y en la Resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante no le fue incluido la duodécima parte de la PRIMA DE NAVIDAD.

1.2.17 Que a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares al momento de liquidar la asignación de retiro se les tiene en cuenta la duodécima de la prima de navidad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 art. 13 numeral 13.1.8

1.2.18 Que mediante oficio No. 20421597 del 20 de agosto de 2019 el demandante radicó derecho de petición ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

1.2.19 Que mediante oficio No. 75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019 la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL le negó el derecho al demandante al reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 4, 13, 29, 53 de la Constitución Política, 10 de la Ley 4ª de 1992, Ley 131 de 1985, los Decretos 1793 y 1794, ambos de 2000 y el Decreto 4433 de 2004.

Sostiene que las normas de rango constitucional citadas fueron vulneradas de manera flagrante por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES al efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante sin la reliquidación del 70%, sin incluir el porcentaje del subsidio familiar al que tiene derecho y omitiendo la duodécima parte de la prima de navidad por una indebida interpretación

de las normas aplicables, desconociendo con ello los derechos establecidos en la Constitución Política.

En ese sentido, respecto de la liquidación de la asignación de retiro en el setenta por ciento (70 %), afirma que la Caja de retiro de las fuerzas militares aplica la fórmula desatendiendo lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que toma la prima de antigüedad del 38.5 % y sobre este rubro adiciona al 100% del sueldo básico y a dicho total le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70% por interpretación errónea de la norma.

Sostiene que lo que debe realizar CREMIL es aplicar el cien por ciento (100 %) sacarle el setenta (70%) por ciento del salario básico y adicionar el treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, para determinar el salario real en la asignación de retiro del demandante.

Por su parte, en cuanto a la no inclusión en la liquidación de la asignación del retiro del subsidio familiar, sostiene que al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro del demandante, le fue incluida la partida computable del subsidio familiar en un porcentaje del 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con el Decreto 1162 de 2014 a diferencia de los demás funcionarios de la fuerza pública a quienes el rubro del subsidio familiar reconocido en la asignación de retiro corresponde al devengado en actividad, quebrantando de esta forma el derecho adquirido conforme el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y vulnerando con ello además el derecho a la igualdad, por darse un trato discriminatorio a su familia frente a las familias de los demás oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, hecho que además vulnera el art 42 de la C. N que consagra la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

En ese sentido, cita varios artículos del Decreto 1211 de 1990, para concluir que el derecho a la partida del subsidio familiar para los señores oficiales y suboficiales de las fuerzas militares hasta en un 47%

del equivalente de su asignación de retiro, constituye una discriminación frente a los soldados profesionales a quienes igualmente siendo militares de carrera, no se les reconoce partida de Subsidio Familiar por su familia una vez retirados del Ejército Nacional, dejándolos en una odiosa desventaja.

Precisa que según el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13.1.7 que determina el pago de las asignaciones de retiro de los soldados procesionales, el subsidio familiar corresponde al porcentaje en que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Afirmó que la partida de subsidio familiar debe ser reconocida y por ende incluida en la asignación del soldado profesional, en el mismo porcentaje en el que venía recibiendo al momento del retiro de las fuerzas militares, y que negar ese factor no es otra cosa que desconocer y violar flagrantemente la Ley por parte de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares.

Por último, frente a la no inclusión en la asignación de retiro de la duodécima parte de prima de navidad, manifiesta que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 desconoce los lineamientos establecidos por la Ley 923 de 2004 en su artículo 2° numerales 2.1 y 2.7 que estipula que debían respetarse y conservarse los derechos adquiridos por los miembros de la fuerza pública en disposiciones anteriores y no podía discriminarse por razón de jerarquía a los miembros de la fuerza pública en el momento de gestionar el trámite correspondiente a la asignación de retiro.

Indica que si bien es cierto que no existe norma alguna que contemple la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, existe desde la órbita constitucional y legal la interpretación por principio de favorabilidad e igualdad una norma desde un juicio de proporcionalidad e igualdad que es el Decreto 1794 de 2000 artículo 5o.

III. CONTESTACION

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito sin fecha, allegado vía correo electrónico el día **29 de enero de 2022**, se opuso las pretensiones de la demanda, se pronunció frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

3.1.CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Manifestó que es necesario tener en cuenta la Sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Consejero Ponente William Hernández Gómez del 25 de abril de 2019, radicado número 85001333300220130023701 en la cual frente a la prima de antigüedad, se expresó lo siguiente:

“(…)

Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38,5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(SALARIO X 70%) + (SALARIO X 38.5%) = ASIGNACIÓN RETIRO

3.2. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL.

El apoderado cita sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado que bajo radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 C.P, William Hernández Gómez determinó cuales son las partidas computables, así:

“(..)

En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.”

Afirma que de acuerdo con dicho pronunciamiento existen dos partidas computables para la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina retirados, las cuales son: Salario Base más la prima de antigüedad, es por ello que no es posible incluir alguna partida que no esté taxativamente en la ley.

Puntualiza que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la partida computable denominada de la Prima

de Navidad, solo es tomada en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, razón por la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no liquidó esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con el mandato legal.

Sostiene que existe, por tanto, una prohibición expresa para que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, incluya primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagra la ley.

Finalmente indica que la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad.

3.3. SUBSIDIO FAMILIAR

El apoderado actor indica que mediante la resolución No. 10849 del 10 de abril de 2018, se reconoció la asignación de retiro al señor Soldado Profesional (r) del EJC EUTIMIO PEÑA RIVEROS, a partir del 30 de abril de 2018, acto administrativo en el que le fue reconocido el (30%) del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 *“Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.”*

Manifiesta que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja y para el caso, en la misma se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 30% por su esposa e hijos, dentro de las partidas computables para asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante, tal como se dispuso en la sentencia de

unificación, razón por la cual no hay lugar a incluir un porcentaje diferente al reconocido.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Se advierte que la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **0055373 del 25 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el 26 de mayo de la misma anualidad, presentó alegatos de conclusión, señalando que la Sentencia de Unificación 850013333002 201300237 01 del 25 de abril de 2019, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda; Consejero Ponente: William Hernández Gómez, dirimió la controversia correspondiente al reajuste de la problemática del 38.5% de la prima de antigüedad.

Indicó, que la Entidad en aplicación a la Política de Defensa Institucional aprobada en septiembre del 2020, ha decidido que en casos como el que nos ocupa, presentará al demandante un acuerdo conciliatorio.

Manifiesta que dicho acuerdo respeta y acata los lineamientos fijados en la Sentencia de Unificación, por lo que si el Despacho, la parte demandante y/o el Ministerio Público, estiman conveniente fijar fecha para audiencia de conciliación, el suscrito apoderado presentará el acuerdo, la conciliación, la liquidación y la ficha emitida Comité de Conciliación de la Entidad y al efecto indicó los parámetros sobre los cuales se desarrolla la propuesta.

En ese sentido, anota que una vez ejecutoriada la providencia de unificación, Cremil ha adoptado todas las medidas pertinentes para el reconocimiento de los derechos consolidados por el alto Tribunal, lo que

evidencia que la Entidad ha realizado de buena fe los actos propios a la defensa judicial, por lo que, respetuosamente solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho a su representada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Hoja de servicios del señor EUTIMIO PEÑA RIVEROS de fecha 07 de marzo de 2018 (fl. 20 y 21).

5.1.2. Petición elevada por el actor a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL el 20 de agosto de 2019, por medio de la cual solicitó la reliquidación del setenta (70%) por ciento de su asignación de retiro y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad. (fl. 22)

5.1.3. Oficio No.75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL le negó la reliquidación de la asignación de retiro del setenta por ciento (70%) conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad. (fls. 23 y 24)

5.1.4. Petición elevada por el actor a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL el 12 de junio de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia del subsidio familiar en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 1794 de 2000. (fl. 25)

5.1.5. Oficio No. 57157 consecutivo anual con fecha de notificación del 09 de julio de 2019, a través del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL le negó el reajuste de la partida de subsidio familiar ya reconocida en Resolución No. 10849 del 10 de abril de 2018. (fl. 26 y 27)

5.1.6. Certificado de pago de la prima de Navidad para el señor Eutimio Peña Riveros correspondiente a noviembre de 2017 presupuestado para 12 meses, con fecha de expedición de 09 de abril de 2018. (fl. 28)

5.1.7. Certificado de unidad militar y sitio geográfico, donde prestó sus servicios el demandante (fl. 29)

5.1.8. Resolución No. 10849 del 10 de abril de 2019, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Eutimio Peña Riveros (fls 30-32)

5.1.9. Resolución No. 12274 del 23 de abril de 2018, mediante la cual la entidad demandada le reconoció la asignación de retiro al actor, a partir del 1 de junio de dicha anualidad (Fls. 3 a 5).

5.1.10. Certificación expedida por CREMIL, en la que consta las partidas computables reconocidas al actor en su asignación de retiro (fl. 6).

5.1.11. Certificación expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, en el que consta los haberes devengados por el demandante en el mes de mayo de 2018 (Fl. 7).

5.1.12. Oficio No. 84455 del 31 de agosto de 2018, a través del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó al demandante el reajuste de la asignación mensual de retiro, tomando un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y la reliquidación de la prima de antigüedad y del subsidio familiar (Fls. 8 y 9).

5.1.13. Expediente administrativo del actor, remitido en medio digital contentivo de: Hoja de servicios del titular de la prestación • Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro • Derecho (s) de petición • Contestación (es) de la petición. Oficios CREMIL

5.2. Decisión de excepciones

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si en la liquidación de la asignación de retiro del actor se afectó doblemente la prima de antigüedad y, si en razón a ello, se debe reliquidar la asignación sobre el 70% y luego a este adicionársele el 38.5% de la prima de antigüedad **ii)** si se debe tener en cuenta como partida computable el subsidio familiar en un 70%, y no en un 30%, como se afirma lo efectuó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y **iii)** si se debe incluir como partida computable en la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad.

5.2.1 DE LA FORMA DE LIQUIDAR LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004¹, señala:

“ARTÍCULO 16 ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 13, ibídem dispone que la asignación de retiro, la pensión de invalidez y de sobrevivencia, se reliquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas:

“13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000.

¹ Vigente a partir de su publicación, la que tuvo lugar en el Diario Oficial No. 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto.

(...)” (subrayado fuera del texto).

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en la Sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No 85001-33-33-002-2013-00237-01, Demandante: Julio César Benavides Borja, Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, notificada el 17 de mayo de la misma anualidad, en punto a la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y al cómputo de la prima de antigüedad de la asignación de retiro de soldados profesionales, indicó:

“233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$
(...)

235. Para la Sala, **tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición**, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, **se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro**. (Negrilla del Despacho)

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente (al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

$(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que

deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

(...)”.

Bajo el marco jurisprudencial expuesto es claro que será solamente la asignación básica la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

Ahora bien, de las pruebas documentales recaudadas en el proceso se evidencia que mediante la Resolución No. 10849 del 10 de abril de 2018₂ (fls. 30-32), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al actor, así:

“En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 del 30 de Diciembre 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual más el 60%, en los términos del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

-Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad...”.

Así mismo, en la contestación a la demanda presentada el 29 de enero de 2021 el apoderado de la entidad acepta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - liquidaba previo a la sentencia de unificación la Prima de Antigüedad en los siguientes cálculos:

Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

Se evidencia de tal forma la errónea interpretación de la norma realizada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL que el apoderado de la entidad demandada en el término concedido para alegar de conclusión mediante escrito enviado vía correo electrónico el 26 de mayo de 2021, presenta solicitud de conciliación total respecto de esta pretensión que comprende el 100% del capital y el 100% de la indexación.

En este sentido, si bien la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL dio aplicación al artículo 16 de la Ley 4433 de 2004, transcrito anteriormente, también es cierto que se interpretó en forma errónea, y al actor el señor Eutimio Peña Rivera desde la notificación de su resolución de asignación de retiro hasta la fecha de presentación de este acción se le ha venido pagando su asignación de retiro en un porcentaje menor, se evidencia entonces que la entidad demandada aplicó de forma equivocada la fórmula matemática, por cuanto al setenta por ciento (70%) al que alude la norma, no se le toma el treinta y ocho punto cincuenta (38.50%) para determinar la prima de antigüedad, sino que se predica solamente del primer concepto (salario mensual) al que se le debe sumar de manera separada el cálculo del salario básico por el porcentaje de la prima de antigüedad, quedando excluido éste último de cualquier otra deducción, de lo que se desprende que la entidad accionada debe liquidar el 70% del salario mensual y **a la suma que resulte se le debe adicionar el valor de la prima de antigüedad del**

38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica.

Así las cosas, las razones expuestas son suficientes para que este Despacho acceda a las súplicas de la demanda, efecto para el cual se declarará la nulidad parcial del Oficio No. 75872 consecutivo anual notificado el 10 de septiembre de 2019, pues el demandante a través de los cargos formulados logró demostrar que fue violatorio de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta que será solamente la asignación básica la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica

5.2.2. EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El Decreto 1794 de 2000, en su artículo 11 estableció:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.

Ahora bien, dicha partida no es tenida en cuenta para efectos del cómputo de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por expresa disposición del artículo 13, subnumeral 13.2, del Decreto 4433 de 2004, preceptiva que en su parágrafo dispuso:

“Parágrafo.

En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales” (negrilla fuera del texto original)”.

Posteriormente, el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 3770 de 2009 “*Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*”, en el cual determinó:

“ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

ARTICULO 2º: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”

Como puede verse, dicho pronunciamiento eliminó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales; sin embargo, contempló un régimen de transición para quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, continuarían devengando el subsidio familiar hasta su retiro del servicio.

Por su parte, el Presidente de la República con base en las atribuciones establecidas en la Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, expidió el **Decreto 1161 del 24 de junio de 2014** “*Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones*”, en el cual estableció:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794

de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas

contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 6. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación (...)” (Negrillas del Despacho)

Ahora bien, en la misma fecha el Presidente de la República expidió el **Decreto 1162 del 24 de junio de 2014** “*Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares*”, donde estableció en su artículo 1° el porcentaje del subsidio familiar a liquidar en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina que al momento de su retiro estuvieren devengando el subsidio familiar conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, en los siguientes términos:

*“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, **regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”* (Negrilla y subrayado del Juzgado)

De las preceptivas transcritas, se advierte que el Gobierno Nacional estableció dos supuestos para la liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, así: **i) quienes venían devengando el subsidio familiar de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, tendrán derecho al reconocimiento de dicha prestación en el 30% del valor devengado en actividad** y ii) para aquellos que lo devengan en virtud del Decreto 1161 de 2014, será computable en el 70%, del valor que se devengue en actividad.

En ese sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en Sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No 85001-33-33-

002-2013-00237-01, Demandante Julio César Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, notificada el 17 de mayo de la misma anualidad, frente al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, indicó:

“(…)

184. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

ARTICULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que **al momento del retiro estén devengando** el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, **se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁴¹, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009¹⁴², y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

187. **En conclusión,** Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en **el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000** 141 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

(...)”.

Ahora bien, la inconformidad del señor Eutimio Peña Riveros radica en las disposiciones que rigen la liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, puesto que al tenor de lo establecido en el Decreto 1161 de 2014, se les reconoce al momento de liquidar la asignación de retiro el 70% del subsidio familiar devengado en actividad, mientras que conforme al Decreto 1162 de 2014, se reconoce el 30% de dicho valor.

Sobre el particular, advierte el Despacho que es cierto que coexisten dos disposiciones que rigen la liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, esto es, los Decretos 1161 y 1162 de 2014; no obstante, contienen diferencias objetivas, por lo que no regulan los mismos supuestos de hecho o de derecho.

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, determinó que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual, más la prima de antigüedad; norma que fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, estableciendo en el parágrafo del artículo 1º, que aquellos que a la fecha de entrada en vigencia de dicho Decreto estuvieran percibiendo el subsidio familiar, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, estableciendo que a partir del 1º de julio de la misma anualidad, se reconocería el subsidio familiar a quienes no lo venían percibiendo

conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, en un porcentaje máximo del 26% de su asignación básica. Igualmente, se estableció que dicho emolumento se reconocería como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, para los primeros, es decir, para quienes venían percibiéndolo en cuantía del 30% (Decreto 1162 de 2011), y para los segundos, esto es, para quienes lo empezaron a devengar en vigencia del Decreto 1161 de 2014, en cuantía del 70%.

Nótese que estamos en presencia de dos normas que regulan supuestos de hechos distintos **“quienes lo percibían”** y **“quienes no lo percibían”**. En el caso del demandante, tenemos que conforme a la Hoja de Servicios del 07 de marzo de 2018 (Fls. 20 y 21), devengaba en servicio activo el subsidio familiar en un porcentaje del 4%, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hallándose entonces en el primer supuesto de hecho, es decir, *“venía percibiendo subsidio familiar”*, razón por la cual su situación quedó regulada por el Decreto 1162 de 2014, que consagró como partida computable de la asignación de retiro el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, tal como lo efectuó la entidad demandada al reconocer dicha prestación al actor a través de la Resolución No. 10849 del 10 de abril de 2018 (Fl. 30 a 32).

Así las cosas, no advierte el Despacho vulneración alguna al derecho a la igualdad, por cuanto el Decreto 1161 de 2014 cuya aplicación solicita el demandante, regula un supuesto de hecho en el cual no se encuentra; por lo tanto, para efectos de la liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro del señor Eutimio Peña Riveros, se deben tener en cuenta las previsiones contenidas en el Decreto 1162 de 2014, esto es, tomar como partida computable el 30% de dicho valor, puesto que lo venía devengando en actividad conforme al Decreto 1794 de 2000.

En consecuencia, el actor no puede beneficiarse de una normatividad cuyos destinatarios ostentan diferentes condiciones, lo que conlleva a que no se acceda a la reliquidación del subsidio familiar, en su asignación de retiro.

5.2.3. DE LA PRIMA DE NAVIDAD COMO PARTIDA EXCLUIDA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 5 del Decreto 1794 de 2000, “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares*”, determinó:

“ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará (sic) en el mes de diciembre de cada año”.

No obstante, la prima de navidad no fue incluida como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por expresa disposición del artículo 13 subnumeral 13.2, del Decreto 4433 de 2004, que dispone:

“Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

(...)

“13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”.*

En ese sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en Sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No 85001-33-33-002-2013-00237-01, Demandante Julio César Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, notificada el 17 de mayo de la misma anualidad, frente a la diferenciación realizada por el legislador en el reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, indicó:

“141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

(...)

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topos máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo**, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las**

operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, **las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas**". (negrita (sic) fuera de texto)

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales. (Subrayado del Despacho).

Igualmente, el fallo en mención **UNIFICÓ** el tema relativo a las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de asignación de retiro de los soldados profesionales, y al efecto señaló:

"(...)

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales **son únicamente** las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el **salario mensual y la prima de antigüedad**.

1.2. **Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa**, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

(...)” (Negrillas fuera del texto original).

Como puede verse, no le asiste razón al apoderado de la parte demandante, al afirmar que existe un trato injustificado entre los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, frente a los Soldados Profesionales, puesto que en virtud de lo consagrado en la Ley 4 de 1992, para fijar la remuneración de tales miembros de la Fuerza Pública, se deben tener en cuenta las funciones y responsabilidades que cada uno desarrolla, pues se encuentran en situaciones disímiles y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

Así las cosas, bajo el criterio Jurisprudencial expuesto, es claro que los soldados profesionales solo tienen derecho a las partidas computables enlistadas en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que no son otras que el salario mensual y la prima de antigüedad, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Por último, y en relación con el acatamiento del referido fallo judicial, en el artículo segundo de su parte resolutive se dispuso:

“(...)”

*Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa **como judicial**, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

(...)”. (Negrillas del Despacho)

5. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

En este acápite, se estudiará de oficio la excepción de prescripción, con fundamento en la providencia del 10 de octubre de 2019, por medio de la cual el Consejo de Estado al resolver solicitudes de adición y aclaración de Sentencia SU del 25 de abril de 2019, en punto a la

prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales, señaló que “ (...) *la regla de prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales es la trienal, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 (...)*”.

En ese sentido, como el demandante presentó reclamación administrativa en fechas 12 de junio y 20 de agosto de 2019 (fl. 22 y 25) respectivamente y mediante la Resolución No. 10849 del 10 de abril de 2018, se ordenó el reconocimiento y pago de su asignación de retiro, de donde se colige que no operó prescripción alguna.

6. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del Oficio No. 75872 consecutivo anual con fecha de notificación del 10 de septiembre de 2019, proferido por la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario, por medio del cual se negó el reajuste de la reliquidación del (70%) de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, solicitado por el demandante el día 20 de agosto de 2019.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a **i) RELIQUIDAR** la asignación de retiro del señor EUTIMIO PEÑA

RIVEROS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.418.582 de Acacias, teniendo en cuenta lo siguiente: **i)** será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica y **ii)** reconocer y pagar las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir 30 de abril de 2018 (fecha de efectividad de la asignación de retiro), con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes, previos los descuentos de ley, conforme a lo expuesto en la presente providencia

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagarle al señor EUTIMIO PEÑA RIVEROS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.418.582 de Acacias, los valores correspondientes al ajuste de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos hasta el reajuste pensional.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 *ibídem*.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
	La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 006 de hoy 07 de abril de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.  LAURA MARCELA POLÓN CASACHO Secretaría

Gloria Mercedes Vasquez **Jaramillo**

Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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:
9e40f640be031cfa85c87c8b039307d3c321668c0faf785d32140d0c88f492a4

Documento generado en 06/04/2022 07:51:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Procesos:	11-001-33-35-018- 2015-00816 -00 11-001-33-35-026- 2019-00255 -00 (acumulado)
Demandantes:	MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS y MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA (respectivamente)
Demandada:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.580.331, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó ante este Despacho judicial, demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a la cual fue vinculada la señora MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA, como litisconsorte necesario por pasiva (proceso No. 2015-816).

A su vez, la señora **MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.375.851, actuando a través de apoderada judicial, promovió ante el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, el medio de control de nulidad y restablecimiento contra la aludida entidad, vinculada la señora MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS, como tercera interesada en las resultados del proceso (proceso No.2019-255)

En ese sentido, mediante providencia del 16 de septiembre de 2021, se decretó de la acumulación de los referidos procesos, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Las pretensiones en que se sustentan cada una de las demandas fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de noviembre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

1.2 HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la señora **María Edelmira Pastor De Rojas**, parte demandante dentro del proceso No. 11-001-33-35-018-**2015-00816-00**, alude a los siguientes hechos:

1.2.1 El señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) laboró en el Ministerio de Justicia desde el 24 de octubre de 1964 al 25 de agosto de 1968 y desde el 12 de noviembre de 1969 hasta el 25 de noviembre de 1993, esto es, por más de 20 años.

1.2.2 El señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), adquirió el status pensional el 19 de junio de 1996, fecha en la cual cumplió 55 años de edad.

1.2.3 Mediante la Resolución No. 9994 del 24 de junio de 1997, la extinta Caja Nacional de Prestación Social le reconoció la pensión de jubilación al señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), efectiva a partir del 6 de junio de 1996.

1.2.4 La señora María Edelmira Pastor De Rojas y el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), contrajeron matrimonio por el rito católico el 15 de octubre de 1972, compartiendo techo, mesa y lecho, conformando una familia con base en el auxilio mutuo, la efectiva convivencia y comprensión y de dicha unión nacieron los señores Sandra Jazmín Rojas Pastor, Edwin Giovanny Rojas Pastor y Anyela Paola Rojas Pastor.

1.2.5 La señora María Edelmira Pastor De Rojas convivió con el pensional desde el 15 de octubre de 1972 hasta el 1 de septiembre de 2004, esto es, por más de 32 años, quien proporcionó el sostenimiento económico del hogar y hasta la fecha de su fallecimiento la actora dependió

económicamente de él.

1.2.6 La pareja vivía en la misma casa con el señor Luis Alberto Pastor, hermano de la demandante y con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quien era su cuñada y solamente los separaba una pared, existiendo un vínculo muy cercano entre ellos.

1.2.7 La señora María Edelmira Pastor De Rojas depositó toda su confianza en su cuñada, dada la familiaridad, de modo que le aceptó el ofrecimiento que esta le hizo de ayudarle con los quehaceres domésticos y preparación de alimentos, razón por la cual, le permitía el ingreso a su casa.

1.2.8 Cuando la señora María Edelmira Pastor De Rojas se ausentaba de la casa le solicitaba a su cuñada que le proporcionara los alimentos a su esposo y a su padre.

1.2.9 La señora María Gertrudis Mondragón Acosta aprovechándose de la confianza depositada y ante la ausencia de su esposo inició una relación clandestina con el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), destruyendo los hogares que se habían conformado.

1.2.10 El señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) abandonó el hogar y se fue a vivir con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quebrantando la unión familiar.

1.2.11 Desde la separación de la pareja conformada entre los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor De Rojas, el pensional se hizo cargo de ella y sus hijos, velando por el manteamiento y sostenimiento de su familia, dado que él era quien proveía lo necesario para su congrua subsistencia.

1.2.12 El señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) falleció el 30 de septiembre de 2014.

1.2.13 El 19 de noviembre de 2014, la señora María Edelmira Pastor De Rojas le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.).

1.2.14 A través de la Resolución No. 003043 del 27 de enero de 2015, la UGPP reconoció de forma proporcional la pensión de sobrevivientes a la menor María Camila Rojas Mondragón y dejó en suspenso el 50%.

1.2.15 Por medio de la Resolución No. RDP 014709 del 16 de abril de 2015, la UGPP confirmó la decisión adoptada en el acto administrativo señalado anteriormente.

A su turno, la apoderada de la señora **María Gertrudis Mondragón Acosta**, parte demandante en el expediente No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00** (acumulado), alude a los siguientes hechos:

1.2.16 Los señores María Gertrudis Mondragón Acosta y Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), iniciaron una unión marital de hecho, donde el *de cujus* aportaba lo necesario para el sostenimiento de la misma, convivencia que se mantuvo vigente hasta el momento del fallecimiento del señor Rojas Buitrago (q. e. p. d.).

1.2.17 Dentro de dicha unión se procreó una hija de nombre María Camila Rojas Mondragón, quien era menor de edad a la fecha del fallecimiento del pensional.

1.2.18 La señora María Gertrudis Mondragón Acosta solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante, en condición de compañera permanente.

1.2.19 Mediante la Resolución No. 033506 del 31 de octubre de 2014, la UGPP le reconoció el derecho prestacional a la señora María Gertrudis Mondragón, a partir del 1 de octubre de 2014, acto administrativo que estuvo vigente hasta el mes de noviembre de 2017, fecha en que se suspendió en nómina.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la señora **María Edelmira Pastor De Rojas**, demandante dentro del proceso No. 11-001-33-35-018-**2015-00816-00**, estima desconocidos los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58, 83, 209 y 230

de la Constitución Política; 10, 27 y 28 del Código Civil 16, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 3, 4, 11, 46, 47, 48 y 288 del Ley 100 de 1993; 1 de la Ley 445 de 1998; 13 de la Ley 797 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostuvo que la entidad demandada actuó contrario a derecho, dado que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quien ostentaba la condición de esposa del causante, toda vez que no se divorciaron; además, no valoró las razones que condujeron a la separación de hecho de la pareja.

Manifestó que con la actuación administrativa se incurrió en una ostensible vía de hecho, por defecto sustantivo, puesto que no se tuvo en cuenta el criterio de justicia y equidad, por cuanto, se realiza una interpretación restrictiva de los preceptos que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuando lo correcto era dar estricta aplicación a las normas legales vigentes, respetando el debido proceso y el principio de seguridad jurídica.

Adujo que de los medios probatorios obrantes en el plenario, se puede evidenciar que al momento de morir el pensional se encontraba vigente el vínculo matrimonial y que la convivencia perduró por más de 37 años. Igualmente, advirtió que la señora María Edelmira Pastor De Rojas dependía económicamente del causante, de forma que, cumple los requisitos contenidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

No obstante, resaltó que si en gracia de discusión, se demuestra que existió una unión marital de hecho entre el *de cujus* y la señora María Gertrudis Mondragón Acosta con antelación al deceso del causante, se debe dar aplicación a lo consagrado en el inciso 2 del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, distribuyendo la pensión entre la compañera permanente y la esposa de manera proporcional al tiempo convivido.

Afirmó que la señora María Gertrudis Mondragón Acosta y el causante desplegaron una conducta desleal, la cual quebrantó el principio de la

buena fe al que hace alusión la Constitución Política, el cual se exige en igualdad de condiciones a los particulares como a las autoridades públicas; sin embargo, estos fueron vulnerados, dada la relación que mantuvieron y, por ende, no se puede avalar su convivencia.

En ese sentido, precisó que no se puede beneficiar a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta reconociéndole la pensión de sobrevivientes, en la medida que actuó de forma fraudulenta aprovechándose de la afinidad que tenía con la señora María Edelmira Pastor De Rojas, pues sedujo a su esposo, ocasionando la ruptura del hogar, debiéndose dar aplicación al principio según el cual *“nadie puede aprovecharse de su propio dolo o mala fe”* y, por lo tanto, solicita que se dé aplicación a la sentencia proferida el 2 de octubre de 2008, por el H. Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Por su parte, la apoderada de la señora **María Gertrudis Mondragón Acosta**, parte actora dentro del proceso No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00**, considera desconocidas las Leyes 12 de 1975, 4 de 1976, 44 de 1980, 113 de 1985, 71 de 1988, los Decretos 224 de 1972, 690 de 1974 y 1160 de 1989, así como los artículos 13, 42, 48 de la Constitución Política; 47 de la Ley 100 de 1993 y 13 de la Ley 797 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Refirió que la entidad demandada se aparta de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 1 de julio de 1993, toda vez que la familia no solo se constituye por el vínculo matrimonial, dado que también surge con la convivencia en pareja.

Indicó que entre el *de cujus* y la señora María Gertrudis Mondragón Acosta existió una unión marital de hecho, procreando a su hija María Camila Rojas Mondragón, quien para la fecha del fallecimiento del pensional tenía 10 años, de lo que se colige que este se separó de su cónyuge con anterioridad a dicho tiempo, de forma que, medió la separación de cuerpos tal como lo preceptúa el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989.

Aludió que el causante convivió con su compañera permanente hasta el momento de su deceso, razón por la cual le asiste el derecho a sustituir la

pensión que percibía de la UGPP, entidad que al dejar en suspenso la prestación, desconoció los pronunciamientos que sobre la materia han proferido las altas cortes.

III. CONTESTACIONES

3.1. Expediente No. 11-001-33-35-018-**2015-00816**-00. (Demandante María Edelmira Pastor de Rojas)

3.1.1.Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

La apoderada de la entidad a través de escrito del 17 de mayo de 2017, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Sostuvo que en el expediente administrativo del pensional de quien deviene el derecho reclamado obran las solicitudes elevadas por la esposa y la compañera permanente, orientadas al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, quienes aportaron declaraciones extrajuicio de la convivencia con el causante, en los términos señalados por la ley y, por lo tanto, a la entidad no le fue posible determinar a cual de ellas le asiste el derecho a devengar la prestación reclamada, con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.).

Indicó que ante la imposibilidad de terminar el tiempo de convivencia, la justicia ordinaria es la encargada de dirimir el conflicto suscitado; amén, que en el caso bajo estudio no se configuran los requisitos para que la esposa o compañera permanente sean beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, conforme a la normativa que citó.

De otro lado, propuso las excepciones de:

Cobro de lo no debido: Aludió que no hay lugar a cobrar pensión alguna o a la indemnización de las mesadas pensionales, como tampoco al retroactivo o intereses moratorios, toda vez que no se evidencia que la demandante

cumpla los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiaria de la prestación.

Prescripción: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a la demandante, de conformidad con las normas legales.

Buena fe: Sostuvo que la entidad demandada actuó con pleno convencimiento de estar actuando conforme a derecho.

Genérica o innominada: Solicitó que se aplique en el vengo que se demuestre la configuración de algún medio exceptivo a favor de la entidad.

3.1.2. María Gertrudis Mondragón Acosta (Litis consorte Necesario)

Se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de noviembre de 2021, la demanda fue notificada a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta el 13 de abril de 2021, en virtud de lo regulado en los artículos 291 y 292 del C. G. del P., razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 2 de julio del año en curso, lapso en el que guardó silencio.

3.2. Proceso No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00** (demandante María Gertrudis Mondragón Acosta)

3.2.1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del 13 de febrero de 2020, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Indicó que con la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se depreca en la presente controversia no se incurrió en defecto alguno que afecte su legalidad, razón por la cual se ajustan a derecho.

Señaló que dado que el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) falleció el 30 de septiembre de 2014, la norma aplicable para efectos del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes es la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993 y de las pruebas incorporadas en el expediente administrativo del pensional, se encuentra acreditado que existe controversia entre dos recurrentes y cuanto se presenta conflicto para el reconocimiento de la prestación, este debe ser dirimido por la justicia ordinaria.

Adujo que a partir de la promulgación de la Ley 1204 de 2008, la administración carece de competencia para resolver reclamaciones de pensiones de sobrevivientes en que se suscite controversia entre la cónyuge y la compañera permanente, dado que no existe certeza sobre la legal beneficiaria.

De otro lado propuso los siguientes medios exceptivos:

Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido: Afirmó que la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con la normatividad vigente; amén, que de los medios probatorios obrantes en el plenario no se evidencia que cumpla los requisitos para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Prescripción: Precisó que al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, las prestaciones sociales prescriben en el término de tres años, contados a partir de la última reclamación, de forma que, se encuentran prescritas las obligaciones pensionales, intereses corrientes y/o moratorios, así como la indexación que se hubiese causado con anterioridad a los tres años, contados desde la fecha de presentación de la demanda.

Sobre la indemnización: Refirió que no se ajusta el valor de las obligaciones que surjan a futuro, puesto que no se indexan los derechos inciertos.

No pago de los intereses moratorios: Indicó que no se causa interés alguno a favor de la parte actora, dado que estos se originan en el eventual caso de un incumplimiento en el pago de una mesada pensional que se encuentre reconocida, situación que no se configura en el *sub lite*.

Imposibilidad de condena en costas: Señaló que en el caso bajo estudio se debe presumir la buena fe de la entidad demandada y, por consiguiente, no hay lugar a condenar en costas.

Genérica: Solicitó que se declaren probadas las excepciones que se encuentren configuradas en el proceso.

3.2.2. María Edelmira Pastor De Rojas (Litis consorte necesario)

El apoderado de la señora María Edelmira Pastor De Rojas, por medio de escrito del 6 de diciembre de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Aludió que a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta no le asiste el derecho reclamado, toda vez que no cumple los supuestos de hecho contenidos en la norma para ser beneficiaria de la prestación, razón por la cual, sobre dicho aspecto no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Así mismo, propuso la excepción de **inexistencia del derecho reclamado en cabeza de la accionante**, al sostener que no se puede perder de vista que el fin de la pensión de sobrevivientes no es otro que ofrecer un marco de protección a los familiares del pensionado que fallece, frente a las contingencias derivadas de su muerte, de modo que, no le asiste el derecho al disfrute de la prestación, dado que debe ser reconocido a su cónyuge.

Manifestó que la relación que existió entre la señora María Gertrudis Mondragón Acosta y el causante devino de engaños, afectando los principios de la buena fe y lealtad, quebrantando la unión familiar y, por ende, no se puede premiar a quien actúa en contraposición de dichos principios.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Expediente No. 11-001-33-35-018-**2015-00816**-00. (Demandante María Edelmira Pastor de Rojas)

El apoderado de la señora María Edelmira Pastor De Rojas, mediante escrito del 16 de marzo de 2022, allegado vía correo electrónico, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, frente a la convivencia efectiva de su poderdante con el pensional de quien deviene el derecho reclamado y el engaño del que fue víctima, el cual atentó contra el principio de buena fe.

Adujo que si bien hubo una separación de cuerpos entre los esposos, lo cierto es que no se divorciaron o liquidaron la sociedad conyugal y el causante siempre respondió por la señora Pastor De Rojas y, por ende, se encuentra dentro del supuesto factico contenido en el inciso 2 del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, según el cual, en aquellos casos que a un compañero permanente de una unión marital le anteceda un vínculo matrimonial con sociedad conyugal vigente, la pensión de sobrevivientes se distribuirá en forma proporcional al tiempo convivido.

Afirmó que la administración negó el reconocimiento pensional deprecado sin tener en cuenta el material probatorio aportado al expediente administrativo y sin contemplar la vigencia de la sociedad conyugal o la conducta desplegada por la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quien de manera desleal interfirió en la relación marital de su cuñada, lo cual constituye una conducta fraudulenta castigada por el ordenamiento jurídico.

Precisó que la unión marital de hecho declarada en la sentencia del 16 de julio de 2020, carece de eficacia probatoria, por cuanto, la señora María Edelmira Pastor De Rojas no fue convocada a dicho proceso; además, no se alteró el vínculo matrimonial y, por el contrario, en el incidente de liquidación no se le otorgó ningún efecto patrimonial por existir sociedad conyugal vigente.

4.2. Proceso No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00** (demandante María Gertrudis Mondragón Acosta)

La apoderada de la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, a través de escrito del 3 de marzo de 2022, radicado vía correo electrónico, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez que se encuentra demostrado que su representada ostenta la condición de compañera permanente del causante, en virtud de la declaración efectuada por un Juez de la República y las pruebas recaudadas en el proceso, puesto que convivió con el pensional hasta el momento en que falleció y dependía económicamente de este.

4.3. Parte demandada

El apoderado de la UGPP por medio de escrito allegado a través de correo electrónico el **16 de marzo de la presente anualidad**, solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda y al efecto señaló que la entidad actuó conforme a derecho al momento de expedir los actos administrativos enjuiciados en la presente controversia y, en consecuencia, debe ser exonerada de pagar las costas, los intereses moratorios e indexación deprecados, especialmente en consideración a que se encuentra a la espera de que se decida a quien se le debe reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, pues de lo contrario el derecho debe negarse.

Señaló que los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se encuentran taxativamente en la norma que se ocupó de transcribir, determinando que en el *sub examine* no se evidencia que a las reclamantes les asista el derecho pretendido.

4.4. El Ministerio Público:

Se advierte que la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de **cobro de lo no debido y buena fe**, propuestas por la UGPP dentro del proceso No. No. 11-001-33-35-018-**2015-00816-00**,

así como la de **inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido**, promovida por dicha entidad en el proceso No. 11-001-33-35-026-2019-00255-00 y el medio exceptivo de **inexistencia del derecho reclamado en cabeza de la demandante**, interpuesto por el apoderado de la señora María Edelmira Pastor De Rojas, el Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de cada una de las demandas, sino que además tienden a la defensa de los intereses de los extremos pasivos, pero en ninguna manera impiden resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual, deben tenerse como alegaciones de la defensa.

De otro lado, frente a la excepción de **prescripción**, promovida por la entidad demandada en los procesos, se precisa que será resulta en acápite posterior de la presente providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, respecto a la excepción de **imposibilidad de condena en costas**, cabe reiterar lo señalado en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de noviembre de 2021, en el sentido que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción y en cuanto a las excepciones **genérica e innominada** se precisa que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio al momento de proferir la presente decisión.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

5.2.1. Documentales:

5.1.1.2. Registro Civil de Nacimiento de la señora María Edelmira Pastor.

5.1.1.3. Acta de Matrimonio que da cuenta que el **15 de octubre de 1972**, contrajeron nupcias los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor.

5.1.1.4. Registro Civil de Nacimiento del señor Luis Alberto Pastor.

5.1.1.5. Cédula de ciudadanía y Registro Civil de Nacimiento de la señora María Gertrudis Mondragón Acosta.

5.1.1.6. Cédula de ciudadanía del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.).

5.1.1.7. Declaración extrajuicio rendida por la señora María Gertrudis Mondragón Acosta el **2 de enero de 2002**, ante la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, en la cual manifestó que vivía en el mismo techo desde hace más de dos años con el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), sin que ha esa fecha hubiesen procreado hijos y su compañero es la única persona que vela por su salud, alimentación, vestuario, bienestar y moral.

5.1.1.8. Registros Civiles de Nacimiento de los señores Sandra Jazmín Rojas Pastor, Anyela Paola Rojas Pastor y Edwin Geovanny Rojas Pastor, en los que se evidencia que los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor son sus padres.

5.1.1.9. Formulario de actualización de datos de la UGPP, el cual compila que la menor María Camila Rojas Mondragón y la señora María Gertrudis Mondragón Acosta son las beneficiarias del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.).

5.1.1.10. Escrito suscrito por el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), por medio del cual le manifestó al Patrimonio Autónomo Buen Futuro que designaba a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta como su beneficiaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 44 de 1980.

5.1.1.11. Escrito radicado ante la UGPP el **7 de diciembre de 2011**, en el cual el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) le comunicó a la entidad que designaba como beneficiaria de la pensión de jubilación que le fue otorgada a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quien fungía como su compañera.

5.1.1.12. Declaración extrajuicio rendida por el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) ante la Notaría Segunda del Círculo de Fusagasugá el **29 de noviembre de 2011**, a través de la cual manifestó bajo la gravedad de juramento que su estado civil era de casado, separado de hecho y que convivía con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta y que de dicha

unión nació su hija María Camila Rojas Mondragón. Igualmente, señaló que es la única persona que vela por la salud, alimentación, vestuario, vivienda, bienestar social y moral de su compañera e hija, quienes dependen económicamente de él y vivían bajo un mismo techo, dado que no reciben ingresos de ninguna índole.

5.1.1.13. Registro Civil de Defunción del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), en el cual se advierte que falleció el **30 de septiembre de 2014**.

5.1.1.14. Certificaciones expedidas el 8 de octubre de 2014, por Famisanar E. P. S. en la que hace constar que la señora María Gertrudis Mondragón Acosta y la menor María Camila Rojas Mondragón se encuentran afiliadas en calidad de beneficiarias.

5.1.1.15. Resolución No. 033506 del 31 de octubre de 2014, mediante la cual la UGPP le reconoció provisionalmente la pensión de sobrevivientes a la menor María Camila Rojas Mondragón, en calidad de hija, hasta que cumpla los 25 años de edad y de forma permanente a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, en calidad de compañera permanente del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), con ocasión de su deceso.

5.1.1.16. Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le reconoció y ordenó pagar a la menor María Camila Rojas Mondragón la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), en calidad de hija, con un porcentaje del 50%, prestación que es de carácter temporal y será pagada hasta el 18 de septiembre de 2029, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite escolaridad y se excluyó de nómina de pensionados la Resolución No. RDP 033506 del 31 de octubre de 2014, dejando en suspenso el 50% restante de la prestación, en consideración a la reclamación efectuada por las señoras María Edelmira Pastor De Rojas, en condición de cónyuge y María Gertrudis Mondragón Acosta, como compañera permanente del causante.

5.1.1.17. Resolución No. RDP 014709 del 16 de abril de 2015, a través

de la cual la UGPP resolvió el recurso de apelación promovido contra el acto administrativo señalado anteriormente, confirmando la decisión adoptada, al sostener que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria dirimir el conflicto surgido entre las señoras María Edelmira Pastor De Rojas y María Gertrudis Mondragón Acosta, quienes coinciden en afirmar que convivieron con el pensional durante los 5 años anteriores a su muerte.

5.1.1.18. Certificación expedida el 27 de mayo de 2015, por el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Sardinas del Municipio de Fusagasugá, en la que hace constar que el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) perteneció a dicha junta y desde el año 2003 y hasta el día de su muerte su único domicilio se encontraba ubicado en la Finca Santa Helena y que la señora María Gertrudis Mondragón Acosta fue su compañera permanente, quien junto con su hija dependía económicamente del causante.

5.1.1.19. Certificación expedida el 25 de julio de 2015, por el Expresidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Sardinas del Municipio de Fusagasugá, en la que hace constar que conoció a los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Gertrudis Mondragón Acosta, así como a su hija desde el año 2003, cuando llegaron a vivir a la Finca Santa Helena.

5.1.1.20. Declaraciones extrajuicio rendidas el 25 de julio de 2018, por los señores Luis Carreño Córdón y José Jersain Castañeda Cáceres ante la Notaría Segunda del Círculo de Fusagasugá, en las cuales manifestaron que les consta que la única persona que convivió con el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) fue la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, convivencia que inició desde el año 2003 hasta el 30 de septiembre de 2014, fecha de fallecimiento del causante, quien veló por el bienestar de su compañera y de su hija.

5.1.1.21. Poderes conferidos por los señores Sandra Jazmín Rojas Pastor, Anyela Paola Rojas Pastor, Edwin Geovanny Rojas Pastor y Luis Profidio Rojas Esquivel al doctor Pedro Pablo Zambrano Morales, con el objeto que firme la escritura de venta de los derechos herenciales que le pudiesen corresponder en la sucesión de su padre, escritura de venta que deberá realizarse a favor de la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quien fue

la compañera permanente del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), durante los últimos trece años de vida del mismo.

5.1.1.22. Registros fotográficos.

5.1.1.23. Expediente administrativo de la señora María Edelmira Pastor De Rojas, contentivo entre otros, de los siguientes documentos:

- Certificados laborales y de factores salariales devengados por la señora María Edelmira Pastor De Rojas.
- Certificación de aportes a salud y de pensión de la señora María Edelmira Pastor De Rojas.
- Resolución No. 006256 del 12 de julio de 2010, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada le reconoció la pensión de vejez a la señora María Edelmira Pastor De Rojas, en cuantía de 709.693,29 pesos m/cte.
- Resolución No. PAP 046359 del 30 de marzo de 2011, a través del cual se modificó el acto administrativo de reconocimiento pensional.
- Resolución No. 2758 del 1 de septiembre de 2009, por medio del cual el Ministerio de Interior y de Justicia aceptó, a partir del 1 de septiembre de 2009, la renuncia presentada por la señora María Edelmira Pastor De Rojas, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales – Código 4064 – Grado 13.

5.2.2. Testimonial:

5.2.2.1. Declaraciones rendidas por los señores María Patricia Arbeláez, William Camargo Moreno, Fernando Arbeláez Grisales, Luis Carreño Córdón, José Jersain Castañeda Cáceres y Antonio María Velandia Ortiz, ante este Despacho el 2 de marzo de 2022 y acta contentiva de dicha diligencia.

5.2.3. Relativos al proceso llevado a cabo en el Juzgado de Familia de Fusagasugá.

5.2.3.1. Acta de la Audiencia llevada a cabo el **16 de julio de 2020**, en el Juzgado de Familia de Fusagasugá, en la cual se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.)

y María Gertrudis Mondragón Acosta, **desde el año 2002 hasta el 30 de septiembre de 2014.**

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de noviembre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS tiene o no derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el 50% de la pensión de sobrevivientes que quedó en suspenso, debido al fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) o a una cuota parte por el tiempo de convivencia con el causante, dado que la prestación también fue reclamada por la señora MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA y al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.3.1. La naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

Tanto en sede contenciosa como en tutela, se ha definido la naturaleza y finalidad de la sustitución pensional y la **pensión de sobrevivientes** *“como dos modalidades del derecho a la pensión que es una expresión del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida.”*¹

En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas **que hacían parte del núcleo familiar del trabajador**, tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y de orfandad, gozando *post mortem* del estatus laboral de este².

¹ Ver entre otras: Sentencia T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002; C-1094 de 2003; T-326 de 2007; C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

² Ver: Sentencias T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

A partir de estas consideraciones, en torno a la sustitución pensional y **pensión de sobrevivientes**, la Corte Constitucional ha identificado en sus pronunciamientos tres principios cardinales que la fundamentan, así:³

*“(i) **principio de estabilidad económica y social** para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) **principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados**, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) **principio de universalidad del servicio público de seguridad social**, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.” (Negrillas fuera del texto original)*

5.3.2. De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes compilada en el sistema de seguridad social integral.

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, se consagraron diferentes prestaciones económicas, con el objeto proteger las contingencias de los afiliados a dicho sistema, como la viudez, la invalidez, la vejez y la muerte, entre los que se encuentran, los derechos pensionales.

Respecto a la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, señaló que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, tienen derecho a su disfrute y frente a los requisitos que se deben reunir para ser beneficiario de la prestación, la mencionada disposición legal, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indicó:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,**
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

³ Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

(...)” (negrita y subrayado ajenos al texto).

Por su parte, el artículo 47 *ejusdem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció quienes podrían ser los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Artículo 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)” (negrita del Despacho).

Ahora bien, mediante la Sentencia C-1094 del 19 de noviembre de 2003, proferida por la Honorable Corte Constitucional, dentro del expediente D-4659, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, **12, 13**, 18 y 19 de la Ley 797 de 2003, en la cual se determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“(…)

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar"¹⁴.

*En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.***

*Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). **Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social**¹⁵.*

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, al referirse a su campo de aplicación, ilustra acerca de la naturaleza propia del régimen de la seguridad social en general y de la pensión de sobrevivientes en particular¹⁶.

Además, la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión.

De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores. Tampoco se vulnera el derecho a la seguridad social pues sus mandatos se ajustan a los preceptos contemplados en el artículo 48 de la Carta Política, que reconoce una amplia libertad de configuración en estas materias. Por ello, desde la óptica propuesta por los accionantes, los literales a) y b) no vulneran, en lo demandado, los artículos superiores invocados en su demanda” (negrita fuera del texto original)

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se desprende que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el cónyuge, compañero o compañera permanente superviviente que: i) a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad o en caso de ser menor que haya procreado hijos; ii) que acredite la convivencia marital no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; iii) en caso de que el (la) beneficiario (a) sea menor de 30 años de edad y no hayan procreado hijos, tendrá derecho a una pensión temporal máximo por 20 años y iv) **en el evento de que el de cujus tuviese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta la**

pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el (la) fallecido (a).

Sobre el último ítem, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en sentencia del 16 de septiembre de 2021, Consejero Ponente doctor Carmelo Perdomo Cuéter, proferida dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2005-09821-02 (3627-2017), señaló:

“(…)

Conforme a lo anterior, cuando acudan compañero permanente y cónyuge supérstite al trámite de la sustitución pensional, el primero debe acreditar que a la fecha del fallecimiento del causante tenía treinta (30) o más años de edad, e hizo vida marital hasta su muerte, cuya convivencia no podrá ser inferior a cinco (5) años continuos anteriores al deceso, y el segundo, además de que no se disolvió la sociedad conyugal, que también compartió con el fallecido un período igual o superior a aquel, en cualquier tiempo”.

5.4. CASO CONCRETO.

De la lectura de la Resolución No. 033506 del 31 de octubre de 2014, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se advierte que por medio de la **Resolución No. 9994 del 24 de junio de 1997**, se reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación a favor del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), a partir del 6 de junio de 1996, pensional que falleció el **30 de septiembre de 2014**, tal como se evidencia en el Registro Civil de Defunción incorporado al plenario.

Ahora bien, a través de la **Resolución No. 033506 del 31 de octubre de 2014**, la entidad demandada le reconoció provisionalmente la pensión de sobrevivientes a la menor María Camila Rojas Mondragón, en calidad de hija, hasta que cumpla los 25 años de edad y de forma permanente a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, como compañera del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y con ocasión de su deceso.

Posteriormente, mediante la **Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015**, la UGPP excluyó de nómina de pensionados el acto administrativo

citado precedentemente, dejando en suspenso el 50% de la pensión de sobrevivientes, en consideración a que la prestación también fue reclamada por la señora María Edelmira Pastor De Rojas, en condición de cónyuge, manteniendo incólume el reconocimiento efectuado a la menor María Camila Rojas Mondragón, quien disfrutará de la mesada hasta el 18 de septiembre de 2029, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite escolaridad.

Finalmente, por medio de la **Resolución No. RDP 014709 del 16 de abril de 2015**, la UGPP resolvió el recurso de apelación promovido contra el acto administrativo señalado anteriormente, confirmando la decisión adoptada, al sostener que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria dirimir el conflicto surgido entre las señoras María Edelmira Pastor De Rojas y María Gertrudis Mondragón Acosta, quienes coinciden en afirmar que convivieron con el pensional, dado que la primera ostentó la condición de cónyuge y la segunda de compañera permanente.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que la discusión jurídica en el *sub lite* gira en torno a determinar si a la señora María Edelmira Pastor De Rojas le asiste o no derecho a percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), en calidad de cónyuge o si dicha prestación le corresponde a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, en condición de compañera permanente del causante o, si la misma le corresponde a cada una, en proporción a la convivencia efectiva con el *de cujus*.

En ese sentido, se analizará si a la fecha del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), la señora María Gertrudis Mondragón Acosta tenía treinta (30) o más años de edad e hizo vida marital durante los cinco (5) años anteriores al momento de la muerte del causante y si existió un vínculo marital no disuelto entre la señora María Edelmira Pastor De Rojas y el pensional, en cualquier tiempo.

5.4.1. Existencia del vínculo matrimonial entre los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor De Rojas.

En el caso bajo estudio, se encuentra demostrado que los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor De Rojas contrajeron matrimonio el **15 de octubre de 1972**, tal como se colige del Acta de Matrimonio obrante en el plenario.

Igualmente, se evidencia que de dicha unión se procrearon tres (3) hijos, que a la fecha de presentación de cada una de las demandas eran mayores de edad, esto es, los señores Sandra Jazmín Rojas Pastor, Anyela Paola Rojas Pastor y Edwin Geovanny Rojas Pastor, según lo contenido en los Registros Civiles de Nacimiento, expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Así mismo, de la declaración extrajuicio rendida por el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) ante la Notaría Segunda del Circuito de Fusagasugá el **29 de noviembre de 2011**, se concluye que para esa fecha dicho vínculo marital continuaba vigente, toda vez que manifestó bajo la gravedad de juramento que su estado civil era de **casado y separado de hecho**.

En ese sentido, advierte esta Juzgadora que el vínculo matrimonial entre la señora María Edelmira Pastor De Rojas y el causante **no se disolvió con anterioridad al deceso del pensional**, toda vez que no obra dentro del expediente prueba alguna que acredite la cesación de los efectos civiles de matrimonio y/o disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

5.4.2. Existencia de la unión marital de hecho del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta.

De la declaración extrajuicio rendida por la señora María Gertrudis Mondragón Acosta el **2 de enero de 2002**, ante la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, se observa que está afirmo que vivía en el mismo techo con el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), sin que ha esa fecha hubiesen procreado hijos y su compañero era la única persona que velaba por su salud, alimentación, vestuario, bienestar y moral.

En similares términos, obra la declaración extrajuicio rendida por el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) ante la Notaría Segunda del Circuito de

Fusagasugá el **29 de noviembre de 2011**, a través de la cual manifestó bajo la gravedad de juramento que, pese a que su estado civil era de casado, se encontraba separado de hecho y, por lo tanto, convivía con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, unión de la que nació su hija María Camila Rojas Mondragón. Igualmente, señaló que es la única persona que velaba por la salud, alimentación, vestuario, vivienda, bienestar social y moral de su compañera e hija, quienes dependerían económicamente de él y vivían bajo un mismo techo, dado que no reciben ingresos de ninguna índole.

Ahora bien, el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) le comunicó al Patrimonio Autónomo Buen Futuro que designaba a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta como su beneficiaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 44 de 1980 y, a su vez, diligenció el formulario de actualización de datos de la UGPP, en el cual compiló que la menor María Camila Rojas Mondragón y la señora Mondragón Acosta eran las destinatarias de la pensión que disfrutaba, aspecto que fue reiterado a dicha entidad, mediane escrito del **7 de diciembre de 2011**.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 44 de 1980 *“Por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales”*, modificado por el artículo 1 de la Ley 1204 de 2008, señaló:

“Artículo 1º. *Para simplificar el trámite de sustituciones pensionales, ante cualquier operador, sea público, privado o de un empleador que tenga a su cargo el reconocimiento de pensiones, sean estas legales o convencionales y asegurar el pago oportuno de la mesada pensional y prestación del servicio de salud a quienes tienen derecho a ello, el pensionado al momento de notificarse del acto jurídico que le reconoce su pensión, podrá solicitar por escrito, que en caso de su fallecimiento, la pensión le sea sustituida, de manera provisional, a quienes él señale como sus beneficiarios, adjuntando los respectivos documentos que acreditan la calidad de tales.*

(...)

Parágrafo 2º. *El hecho de que el pensionado no hubiere modificado, antes de su fallecimiento, el nombre de su cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, establecen a favor de estos o estas la presunción legal de no haberse separado de él o ella por su culpa”* (subrayado del Despacho).

Igualmente, el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Sardinas del Municipio de Fusagasugá el 27 de mayo de 2015, certificó que

que el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) perteneció a dicha junta y desde el año 2003 y hasta el día de su muerte su único domicilio se encontraba ubicado en la Finca Santa Helena y que la señora María Gertrudis Mondragón Acosta fue su compañera permanente, quien junto con su hija dependía económicamente del causante.

Por su parte, el Expresidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Sardinias del Municipio de Fusagasugá, hizo constar que conoció a los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Gertrudis Mondragón Acosta, así como a su hija desde el año 2003, cuando llegaron a vivir a la Finca Santa Helena y en declaraciones extrajuicio rendidas el 25 de julio de 2018, por los señores Luis Carreño Córdón y José Jersain Castañeda Cáceres ante la Notaría Segunda del Círculo de Fusagasugá, manifestaron que les consta que la única persona que convivió con el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) fue la señora Mondragón Acosta, coincidiendo en que la convivencia inició desde el año 2003 hasta el 30 de septiembre de 2014, fecha de fallecimiento del causante, quien veló por el bienestar de su compañera y de su hija.

A su turno, se aportaron al plenario los poderes conferidos por los señores Sandra Jazmín Rojas Pastor, Anyela Paola Rojas Pastor, Edwin Geovanny Rojas Pastor y Luis Profidio Rojas Esquivel al doctor Pedro Pablo Zambrano Morales, en los cuales plasmaron el mandato conferido para la firma de la escritura de venta de los derechos herenciales que le pudiesen corresponder en la sucesión de su padre, escritura de venta que debería realizarse a favor de la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, quien fue la compañera permanente del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), durante los últimos trece años de vida del mismo.

Ahora bien, del Acta de la Audiencia llevada a cabo el **16 de julio de 2020**, en el Juzgado de Familia de Fusagasugá, se advierte que el citado Despacho declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Gertrudis Mondragón Acosta, **desde el año 2002 hasta el 30 de septiembre de 2014**.

5.4.3. Convivencia de las señoras María Edelmira Pastor De Rojas -en calidad de cónyuge- y María Gertrudis Mondragón Acosta -en condición

de compañera permanente- con el causante, no presenta simultaneidad.

En cuanto al vínculo matrimonial del pensional de quien deviene el derecho reclamado con la señora María Edelmira Pastor De Rojas, tenemos que los señores María Patricia Arbeláez, William Camargo Moreno y Fernando Arbeláez Grisales, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el 2 de marzo del año en curso, son coincidentes en señalar que de dicha unión nacieron tres hijos y que la familia vivió en el Barrio Bosa Carbonell. Igualmente, sostienen que se separaron de hecho, dada la infidelidad del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), pues inició una relación con la señora María Gertrudis Mondragón Acosta.

Sobre el particular, el señor Fernando Arbeláez Grisales en su declaración expuso que era el esposo de la señora Sandra Jazmín Rojas Pastor - hija del pensional- y le consta que la pareja conformada entre los señores María Edelmira Pastor De Rojas y Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) no se disolvió legalmente y que el causante le ayudó económicamente a su esposa, incluso después de que dejaron de convivir juntos, dado que ella estaba “muy endeudada” y, por lo tanto, el auxilio que le prestó se mantuvo hasta el fallecimiento del pensional.

Igualmente, los señores William Camargo Moreno y María Patricia Arbeláez, afirman que el *de cujus* ayudaba económicamente a la señora María Edelmira Pastor De Rojas, toda vez que tenía muchas deudas, incluso la testigo narró que, a través de ella, le envió dinero.

Así las cosas, para esta Juzgadora se encuentra acreditado que, pese a que al momento de la muerte del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), este no convivía con su esposa, siempre mantuvieron vigente su vínculo matrimonial y si bien la señora María Edelmira Pastor De Rojas percibía una pensión, en virtud de lo señalado en la Resolución No. 006256 del 12 de julio de 2010, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada, lo cierto es que debido a que no podía ejercer su propia subsistencia, el causante le ayudaba con los gastos para solventar sus necesidades básicas,

permitiéndole de esta forma mantener una estabilidad económica digna⁴; asistencia que devenía de la pensión de jubilación que en vida percibió, razón por la cual, a la demandante le asiste derecho a devengar la pensión de sobrevivientes pretendida, por cuanto, la separación de hecho no es determinante para establecer la pérdida de la prestación⁵.

De otro lado, frente a la convivencia de la señora María Gertrudis Mondragón Acosta con el causante, se advierte que los señores Luis Carreño Cordón, José Jersain Castañeda Cáceres y Antonio María Velandia Ortiz, en la diligencia de testimonios llevada a cabo el 2 de marzo del presente año, son contundentes en afirmar que conocieron que entre la pareja existió una relación de la cual nació una hija, familia que vivió en la vereda Sardinas del Municipio de Facatativá y que el causante solventaba los gastos económicos para salud, alimentación, recreación y vivienda, toda vez que percibía una pensión. Incluso, señalan que este las tenía afiliadas a Famisanar E. P. S., suceso que les consta, dada la manifestación que sobre tal hecho realizó el pensional.

Sin embargo, pese a que los deponentes expresan con claridad los sucesos que tienen conocimiento relacionados con el vínculo matrimonial y la unión marital de hecho -respectivamente-, lo cierto es que no son concomitantes frente a la fecha en que cada relación inició y culminó.

Al respecto, de las declaraciones de los señores María Patricia Arbeláez, William Camargo Moreno y Fernando Arbeláez Grisales se evidencia que no tienen certeza de la fecha en que se separaron de hecho los señores María Edelmira Pastor De Rojas y Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), toda vez que manifestaron que la relación matrimonial perduró por aproximadamente treinta o treinta y cinco años, sin especificar la fecha exacta del suceso.

A su turno, los señores Luis Carreño Cordón, José Jersain Castañeda

⁴ Corte Constitucional SU-453 de 2019
Corte Constitucional T-456 de 2016

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B", sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017), Consejero ponente dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, expediente número: 13001-23-31-000-2006-00236-01(0497-12), actor: MARGARITA RODRÍGUEZ DE FORBES, demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Cáceres y Antonio María Velandia Ortiz, aludieron que conocen de la existencia de la unión marital de hecho desde el año 2003, cuando la pareja llegó a vivir a la vereda Sardinias, por lo que desconocen si inició tiempo atrás; no obstante, son coincidentes en la fecha en que finalizó la convivencia, por cuanto, afirman, dicho evento tuvo lugar por el deceso del causante.

Sobre este aspecto, se encuentra acreditado que, de acuerdo con la decisión adoptada por el Juzgado de Familia de Fusagasugá en sentencia del **16 de julio de 2020**, se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Gertrudis Mondragón Acosta, **desde el año 2002 hasta el 30 de septiembre de 2014**, decisión que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la señora María Edelmira Pastor De Rojas en sus alegatos de conclusión, para el Despacho no carece de eficacia probatoria, pues se encuentra en consonancia con las declaraciones de los testigos en cuanto a la fecha de inicio de la relación del causante con su compañera permanente, amén que, según lo consignado en el acta, la demanda se dirigió contra los herederos indeterminados del causante, de modo que, debió mediar el emplazamiento de los mismos en un medio de amplia circulación, pues como se observa, estos fueron representados por un Curador Ad Litem y, en ese sentido, la señora Pastor De Rojas pudo hacerse parte en el referido proceso y a través de apoderado judicial contestar la demanda y proponer los medios exceptivos que considerara necesarios, oportunidad de la que no hizo uso.

Por consiguiente, no se encuentra desvirtuada la unión marital de hecho que existió entre la señora María Gertrudis Mondragón Acosta y el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), toda vez que los medios probatorios obrantes en el plenario son determinantes para establecer que esta existió desde el año 2002, hasta el momento en que el causante falleció, lo que conduce a determinar que, en su calidad de compañera permanente, es beneficiaria de la prestación deprecada; amén, que para la fecha de fallecimiento del pensional **tenía 47 años de edad**, toda vez que nació el 12 de junio de 1967, tal como se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía.

Aunado a lo anterior, no desconoce esta Juzgadora que la relación que inició en la pareja conformada entre el *de cujus* y su compañera permanente devino de la infidelidad de este frente a su cónyuge, como lo afirmaron los señores María Patricia Arbeláez, William Camargo Moreno y Fernando Arbeláez Grisales, quienes fueron determinantes en exponer dicho evento en las declaraciones que rindieron ante este Juzgado; sin embargo, tal circunstancia no restringe el derecho a la pensión de sobrevivientes que le asiste a la señora Mondragón Acosta, ya que la relación no se tornó esporádica o transitoria, puesto que, a partir del año 2002, fue permanente en el tiempo y finalizó como consecuencia del deceso del causante.

Expuesto lo anterior, concluye el Despacho que los señores Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y María Edelmira Pastor De Rojas iniciaron su matrimonio el **15 de octubre de 1972** y se separaron de hecho el **31 de diciembre de 2001**, día anterior a la fecha en que el señalado Juzgado declaró la existencia de la unión marital de hecho entre el causante y la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, pues para establecer el lapso en que tuvo lugar dicha unión se tomará el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de 2014**.

En ese orden de ideas, a las señoras María Edelmira Pastor De Rojas en su condición de cónyuge del *de cujus*, separada de hecho y María Gertrudis Mondragón Acosta, en calidad de compañera permanente hasta el momento del fallecimiento del causante, les asiste el derecho al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes que quedó en suspenso en la **Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015**, en una cuota parte por el tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante

Al respecto, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante fallo del 17 de julio de 2020, C. P. doctor Carmelo Perdomo Cuéter, proferido dentro del proceso No. 11-001-33-35-013-2014-00154-01(4367-17), indicó:

“(…)

Se comparte lo señalado por el a quo, que atendiendo a la interpretación y aplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 hecha por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia en sentencia de 20 de junio de 2012, determinó que al cónyuge, con unión conyugal vigente pero separado de hecho, le basta demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años **en cualquier tiempo**, mientras que a la (el) compañera (o) sí se le exigen que los 5 años sean anteriores a la muerte del de cujus.

Finalmente, se reitera, como lo ha dicho en repetidas oportunidades el Consejo de Estado, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor preponderante para definir situaciones como la que nos ocupa”

(...)

Por otra parte, en relación con los porcentajes que les corresponden a la actora y la tercera ad excludendum, esta Sala encuentra como acertada la decisión adoptada por el Tribunal de instancia, en la medida en que dio cabal aplicación a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, según el **cual debe hacerse el reconocimiento en forma proporcional al término de convivencia cuando el vínculo matrimonial se mantiene vigente y se conservan los lazos de solidaridad y ayuda, y al mismo tiempo existe una unión marital de hecho, como ocurre en el presente asunto**”. (negrillas del despacho).

En ese sentido, para determinar la cuota parte que le corresponde a las señoras María Edelmira Pastor De Rojas y María Gertrudis Mondragón Acosta, se debe tener en cuenta la sumatoria total de cada periodo de convivencia con el causante, la cual arroja **41 años**, tiempo que corresponde al 50% de la prestación que quedó en suspenso y, a partir de allí, se establecerá el porcentaje que le corresponde a la cónyuge y a la compañera permanente, aplicando una regla de tres simple⁶, así:

PORCENTAJE DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES 50%			
NOMBRE	CALIDAD	TIEMPO CONVIVIDO EN AÑOS	PORCENTAJE ASIGNADO
María Edelmira Pastor De Rojas	Cónyuge	29	35
María Gertrudis Mondragón Acosta	Compañera	12	15
TOTAL CONVIVENCIA		41	50%

En consecuencia, dado que, la señora María Edelmira Pastor De Rojas, quien fungió como cónyuge del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.), convivió con este por un lapso de 29 años, se ordenará el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 35% y debido a que la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, en calidad de compañera permanente

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “F”, en providencia del 7 de julio de 2017, proceso No. 11-001-33-35-013-2014-00154-01.

mantuvo su unión marital de hecho por 12 años, tendrá derecho al 15% del 50% que quedó en suspenso.

Ahora bien, a partir del **19 de septiembre de 2029**, acrecentarán dichos porcentajes, debido a que la menor María Camila Rojas Mondragón, dejará de disfrutar el 50% restante de la mesada, en la medida que cumple 25 años de edad **y/o a la fecha en que se ordene la extinción de la cuota parte, por alguna de las causales previstas por la ley**, efecto para el cual, le corresponderá el 71% a la señora María Edelmira Pastor De Rojas y el 29% a la señora María Gertrudis Mondragón Acosta, que corresponden al 100% de la prestación; cuotas partes que se determinaron de la siguiente forma:

PORCENTAJE DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES 100%			
NOMBRE	CALIDAD	TIEMPO CONVIVIDO EN AÑOS	PORCENTAJE ASIGNADO
María Edelmira Pastor De Rojas	Cónyuge	29	71
María Gertrudis Mondragón Acosta	Compañera	12	29
TOTAL CONVIVENCIA		41	100%

Así las cosas, las razones expuestas son suficientes para que este Despacho acceda parcialmente a las súplicas de cada una de las demandas, efecto para el cual se declarará la nulidad parcial de la **Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015**, en cuanto dejó en suspenso el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y la nulidad de la **Resolución Nos. RDP 014709 del 16 de abril de la misma anualidad**, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra dicha decisión, confirmando en su integridad el acto administrativo, pues a través de los cargos formulados en cada una de las demandas se logró demostrar que fueron violatorios de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que los amparaba.

5.5. PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

Procede el Despacho a estudiar la excepción de **prescripción** de las mesadas propuesta por la entidad demandada, teniendo en cuenta que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en

que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

La tendencia jurisprudencial ha sido en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional, toda vez que se trata de una prestación periódica, sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de las mismas.

De las pruebas aportadas al proceso se establece que el señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) falleció el **30 de septiembre de 2014** y según la Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015, la señora **María Edelmira Pastor De Rojas** solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el **20 de noviembre de 2014** y promovió el presente medio de control el **4 de noviembre de 2015**, tal como se evidencia en el Acta de Reparto expedida por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, militante en el expediente No. 11-001-33-35-018-**2015-00816-00**, por lo que se concluye que no operó fenómeno prescriptivo alguno.

De otro lado, la señora **María Gertrudis Mondragón Acosta** elevó la reclamación administrativa el **4 de noviembre de 2014**, según lo señalado en el citado acto administrativo y promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá el **6 de agosto de 2019**, como se desprende del Acta de Reparto expedida por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, obrante en el proceso No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00**, de lo que se colige que las mesadas pensionales causadas con antelación al **6 de agosto de 2016**, se encuentran prescritas y así habrá de declararse.

5.6. INTERESES DE MORA

En la demanda promovida por la señora María Edelmira Pastor De Rojas, se solicitó que se condene a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas que se reconozcan en el fallo, a la tasa máxima legal vigente, desde que se causaron hasta la fecha de pago

efectivo, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, advierte el Despacho que respecto al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010⁷, señaló:

“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)” (Resaltado fuera de texto original).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, estima el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora en el proceso No. 11-001-33-35-018-**2015-00816-00**, teniendo en cuenta que en la presente providencia se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

5.7. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que el extremo demandado en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial de la **Resolución No. RDP 003043 del 27 de enero de 2015**, en cuanto dejó en suspenso el 50% de

⁷ Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Porfidio Rojas Buitrago (q. e. p. d.) y la nulidad de la **Resolución No. RDP 014709 del 16 de abril de la misma anualidad**, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra dicha decisión, confirmando en su integridad el acto administrativo.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, dentro del proceso No. 11-001-33-35-026-**2019-00255-00**, de las mesadas que debía percibir la señora MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.375.851, con anterioridad al **6 de agosto de 2016**, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A:

- a) **RECONOCER Y PAGAR** el cincuenta por ciento (50%) de la pensión de sobrevivientes que quedó en suspenso, con ocasión del fallecimiento del señor PORFIDIO ROJAS BUITRAGO (q. e. p. d.), quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 5.474.970, así: **i)** TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) a la señora MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.580.331, a partir del **1 de octubre de 2014**, día siguiente al fallecimiento del causante y **ii)** QUINCE POR CIENTO (15%) a la señora MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.375.851, desde el **6 de agosto de 2016**, por prescripción trienal.
- b) **ACRECER** dichos porcentajes, a partir del **19 de septiembre de 2029**, fecha en la cual la menor MARÍA CAMILA ROJAS MONDRAGÓN, dejará de disfrutar el 50% restante de la mesada, dado que cumple 25 años de edad **y/o a la fecha en que se ordene la extinción de la cuota parte, por alguna de las causales previstas por la ley**, de la siguiente forma: **i)** a la señora MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.580.331 en un setenta y uno por ciento (71%) y **ii)** a la señora MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA, identificada con cédula

de ciudadanía No. 35.375.851, en un veintinueve por ciento (29%), cuotas partes que corresponden al CIEN POR CIENTO (100%) de la prestación.

CUARTO.- CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL a **PAGAR** a las señoras MARÍA EDELMIRA PASTOR DE ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.580.331 y MARÍA GERTRUDIS MONDRAGÓN ACOSTA, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.375.851, los valores correspondientes a la pensión de sobrevivientes de que trata el numeral anterior con los reajustes anuales de ley, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por las beneficiarias por concepto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, la suma que resulte a favor de las actoras una vez se haya liquidado la pensión en los términos ya señalados, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO.-: Sin costas a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

SEXTO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

SÉPTIMO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 *ibídem*.

OCTAVO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a las actoras en cada uno de los procesos, excepto los ya causados, a petición de las mismas.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 006, de hoy 07 de abril de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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:

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.
Expedientes Nos. 11-001-33-35-018-2015-00816-00 y
11-001-33-35-026-2019-00255-00 (acumulado)*

**5cbff43602a9dfc88d34a236e5d522d04794471f122839edda9aeb2f52e
6aa7e**

Documento generado en 06/04/2022 07:39:42 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

ACCIÓN DE LESIVIDAD

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00215-00**
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Acto demandado: RESOLUCIÓN NO. GNR 77736 DEL 14 DE MARZO DE 2016, MEDIANTE LA CUAL SE ORDENÓ LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LA SEÑORA CLARA INÉS CASTRO MUÑOZ
Asunto: SENTENCIA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda de lesividad en contra de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, a través de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora CLARA INÉS CASTRO MUÑOZ, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

La entidad demandante pretende:

1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, por medio de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz, en cuantía inicial de \$909.586,00 pesos m/cte., liquidando un retroactivo pensional de \$3.021.666,00 pesos m/cte.

1.1.2. Que se declare que a la señora Clara Inés Castro Muñoz, no le asiste

el derecho al retroactivo pensional reconocido en el señalado acto administrativo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se solicitó:

1.1.3. Se ordene a la señora Clara Inés Castro Muñoz devolver lo pagado por concepto del retroactivo pensional, a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

1.1.4. Las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, deberán ser indexadas o reconocer los intereses a que haya lugar, según el caso, con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

1.2 HECHOS

Para sustentar las pretensiones, la entidad demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1 La señora Clara Inés Castro Muñoz nació el 11 de octubre de 1942 y actualmente tiene 74 años de edad.

1.2.2 Mediante la Resolución No. 021352 del 16 de septiembre de 2002, el Instituto de Seguro Social le reconoció la pensión de vejez a la señora Clara Inés Castro Muñoz, en cuantía de \$497.696,00 pesos m/cte., efectiva a partir del 1 de julio de 2002.

1.2.3 A través de la Resolución No. 014613 del 25 de mayo de 2005, el Instituto de Seguro Social modificó el acto administrativo señalado en el numeral anterior, reconociendo la prestación en la suma de \$914.270,00 pesos m/cte., a partir del 23 de enero de 2012.

1.2.4 El 23 de enero de 2015, la señora Clara Inés Castro Muñoz solicitó la reliquidación de la pensión de vejez.

1.2.5 Por medio de la **Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016**, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones ordenó la reliquidación de la prestación, en cuantía inicial de \$909.586,00 pesos m/cte., a partir del 5 de octubre de 2012.

1.2.6 Mediante escrito del 21 de abril de 2012, la señora Clara Inés Castro Muñoz interpuso recurso de apelación contra dicha decisión.

1.2.7 A través del Requerimiento Externo No. 2016_394093 del 14 de mayo de 2016, la entidad demandante solicitó autorización expresa para revocar parcialmente la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, sin que la afiliada autorizara la revocatoria del acto administrativo.

1.2.8 Por medio de la Resolución No. VPB 27412 del 30 de junio de 2016, la entidad demandante resolvió desfavorablemente el recurso de apelación.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos la Constitución Política y las Leyes 100 de 1993 y 1437 de 2011, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Luego de citar la normatividad que regula el régimen pensional de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, así como la revocatoria de los actos administrativos, sostuvo que el valor del retroactivo liquidado en el acto administrativo cuya nulidad parcial se depreca en la presente controversia, supera el monto que debió percibir la señora Clara Inés Castro Muñoz, de modo que, su reconocimiento y pago se torna lesivo para el erario público.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la señora Clara Inés Castro Muñoz, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **3 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que la señora Clara Inés Castro Muñoz siempre actuó de buena fe, dado que aportó los documentos idóneos para que la entidad demandante

le reajustara la prestación, razón por la cual no hay lugar a ordenar la devolución de los dineros que percibió por concepto del retroactivo pensional.

Indicó que la pensión le fue reconocida a su poderdante, de conformidad con lo señalado en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, razón por la cual para obtener el ingreso base de liquidación, la entidad tomó los factores salariales establecidos en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y, en ese sentido, le asistía el deber de dar aplicación a la normatividad vigente, con sujeción del principio de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

3.1 Cobro de lo no debido: Sostuvo que la entidad demandante fue quien otorgó el derecho a la reliquidación pensional, razón por la cual el estudio se realizó por un administrador experto, frente a un afiliado lego.

3.2 Buena fe: Aludió a que la señora Clara Inés Castro Muñoz presentó ante Colpensiones la documentación idónea para el reajuste pensional, evidenciándose que siempre actuó de buena fe.

3.3 Posibilidad de condena en costas: Solicitó que se tenga en cuenta que la entidad procedió a la reliquidación de la pensión y la señora Clara Inés Castro Muñoz actuó conforme a derecho.

3.4 Prescripción: Propone el fenómeno prescriptivo sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la entidad demandante, de conformidad con las normas legales sobre la materia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Entidad demandante

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de septiembre de 2021**, el apoderado de la entidad demandante reiteró los argumentos expuestos en el escrito demandatorio, señalando que a través de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, se reajustó la pensión de vejez que

disfrutaba la señora Clara Inés Castro Muñoz, decisión que fue objeto de recurso de apelación, el cual se dirimió mediante la Resolución No. VPB 27412 del 30 de junio de 2016, donde se puso de presente que el retroactivo generado por valor de \$3.021.666,00 pesos m/cte., ingresó a la nómina de pensionados por error, de modo que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la señora Clara Inés Castro Muñoz no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Consideración preliminar.

Advierte el Despacho que se incorporó al expediente el acta contentiva de la Audiencia Inicial llevaba a cabo el 26 de junio de 2018, por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo de Oralidad de Bogotá, en la cual se observa que en el proceso No. 11-001-33-35-030-**2016-00246-01**, la señora Clara Inés Castro Muñoz promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encaminado a que se declarara la nulidad parcial de la **Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016** y la nulidad de la Resolución No. VPB 27412 del 30 de junio de la misma anualidad, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones le reajustó la pensión de vejez y resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, toda vez que le negó la reliquidación de la mesada - *respectivamente*, pretensiones que fueron acogidas por el Juez de primera instancia y, en consecuencia, se **ordenó el reajuste de la prestación, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación el constituido por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 1 de noviembre de 2001 y el 31 de**

octubre de 2002, decisión que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante sentencia del 30 de mayo de 2019, al sostener:

“(…)

Ahora, del análisis probatorio que se efectuó se desprende que la entidad accionada reconoció a favor de la demandante una pensión de vejez por aportes (Ley 71 de 1988), con aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y, además, para el 25 de julio de 2005 demostraba más 750 semanas, de acuerdo con lo exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En este sentido, la Sala aclara que el tema objeto de discusión se centra en que la entidad accionada si bien aplicó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, situación respecto a lo que no existe reparo, lo cierto es que al liquidar la pensión no incluyó todos los factores devengados por la demandante durante el último año de servicio.

Así, lo primero que se aclara es que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le da derecho a la demandante de que su pensión de vejez sea reconocida y liquidada de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 71 de 1988, pero únicamente en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión.

Por lo tanto, se concluye que no le asiste razón a la demandante al pretender la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta los salarios percibidos en el último año de servicio, en aplicación de la Ley 71 de 1988, por cuanto el IBL deberá ser calculado conforme lo indican los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, en acatamiento a la actual pauta jurisprudencia que fijó recientemente el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos expuestos en párrafos precedentes.

Por otro lado, la Sala advierte que la sentencia de unificación emitida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese momento, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

“(…)

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

“(…)”.

Como puede verse, el objeto de debate que se desplegó en el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo de Oralidad de Bogotá, pretendía **la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016**, aspecto que también se debate en la presente controversia, pero por razones diferentes. En aquella oportunidad la demandante atacaba el acto por considerar que la entidad reconoció la prestación aplicando indebidamente la Ley 100 de 1993, en tanto que en el presente, es la entidad de previsión social que persigue la nulidad de su propio acto, por el reconocimiento del retroactivo pensional, al cual, afirma, no tenía derecho la demandante.

En ese sentido, es importante destacar que al haberse revocado por el superior la decisión del juzgado que había declarado la nulidad de dicho acto administrativo, el mismo se encuentra vigente y surtiendo plenos efectos legales y, en consecuencia, puede ser objeto de la acción de lesividad promovida en el presente proceso, razón por la cual, se concluye que en el *sub examine* no se ventila un aspecto que hubiese hecho tránsito a cosa juzgada.

5.2 DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a las excepciones de **cobro de lo no debido y buena fe**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la señora Clara Inés Castro Muñoz, pero en ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual, serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, respecto a la **posibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción y, finalmente, se precisa que la excepción **prescripción**, será resuelta en el evento de accederse a las súplicas de la demanda.

5.3 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.3.1. Medio magnético contentivo de:

- Resolución No. 021352 del 16 de septiembre de 2002, a través de la cual el Instituto de Seguro Social le reconoció la pensión de vejez a la señora Clara Inés Castro Muñoz.
- Resolución No. 014613 del 25 de mayo de 2005, por medio de la cual el Instituto de Seguro Social modificó la Resolución No. 021352 del 16 de septiembre de 2002.
- Resolución No. 041549 del 11 de octubre de 2006, a través de la cual se confirmó la Resolución No. 014613 del 25 de mayo de 2005.
- Resolución No. GNR 213841 del 16 de julio de 2015, por la cual se ordenó la reliquidación y pago de la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz.
- Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz.
- Resolución No. VPB 27412 del 30 de junio de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016.
- Liquidaciones realizadas por Colpensiones, respecto de las mesadas pensionales reconocidas en las Resoluciones Nos. GNR 213841 del 16 de julio de 2015 y GNR 77736 del 14 de marzo de 2016.
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Clara Inés Castro Muñoz.
- Planillas de autoliquidación de aportes mensuales de la señora Clara Inés Castro Muñoz, expedido por el Instituto de Seguro Social.
- Certificaciones laborales de la señora Clara Inés Castro Muñoz.
- Reporte de Semanas cotizadas en pensiones por la señora Clara Inés Castro Muñoz, expedido por el Instituto de Seguro Social.
- Liquidación del bono pensional de la señora Clara Inés Castro Muñoz.

5.4 PROBLEMA JURÍDICO.

Como se precisó en la providencia del 2 de septiembre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz se incurrió en las causales de nulidad invocadas, al habersele reconocido un retroactivo pensional superior al monto al que tenía derecho.

5.4.1 BASE DE LIQUIDACIÓN PARA CALCULAR EL RETROACTIVO PENSIONAL.

En primer lugar, vale la pena resaltar que en el caso bajo estudio no se encuentra en discusión el régimen que originó el reconocimiento pensional de la señora Clara Inés Castro Muñoz, dado que lo debatido se circunscribe al error en que, se aduce incurrió la administradora de pensiones al momento de realizar el cálculo del retroactivo pensional que le fue pagado a la pensional, en virtud de la reliquidación de la prestación otorgada.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que el ingreso base de liquidación debió corresponder al 75% del promedio devengado en los últimos 10 años, con los factores previstos en el Decreto 1158, el Despacho definirá la presente controversia bajo la **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, dentro del Expediente No. 520012333000201200143-01, en la cual dicha Corporación Judicial señaló:

“(…)

66. La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

67. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, lo cierto es que el inciso 3 de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.

68. La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto “**monto**” señalado en el inciso 2 de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3 ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente

definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.

(...)

84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante **el último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el **tiempo que les hiciera falta para ello**, o el cotizado **durante todo el tiempo** si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en **el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma**. (negrilla y subrayado por el Despacho)

(...)

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que

se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

(...)

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

(...)

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

(...)”

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que el Consejo de Estado adoptó el criterio interpretativo fijado por la Corte Constitucional en el sentido que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando las siguientes subreglas: **a)** si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo -el que fuere superior-; **b)** Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión y **c)** los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

5.5 CASO CONCRETO.

En el *sub examine* se encuentra demostrado que el Instituto de Seguro Social, mediante la Resolución No. 021352 del 16 de septiembre de 2002, le reconoció la pensión de vejez a la señora Clara Inés Castro Muñoz, de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de julio de 2002, en cuantía de \$497.696,00 pesos m/cte. y a través de la **Resolución No. 014613 del 25 de mayo de 2005**, se modificó el monto de la mesada pensional en la suma de **\$516.156,00 pesos m/cte.**, decisión que fue confirmada en la Resolución No. 041549 del 11 de octubre de 2006, señalando que para determinar el valor de la prestación se verificó el reporte de autoliquidación mensual, determinando que se incluyeron todos los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales el empleador realizó los respectivos aportes.

Posteriormente, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, expidió la **Resolución No. GNR 213841 del 16 de julio de 2015**, a través de la cual ordenó la reliquidación y pago de la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz, a partir del 23 de enero de 2012, por prescripción trienal, en los siguientes términos y cuantías:

“(…)

2013	865,204.00
2014	881,989.00
2015	914,270.00

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	14,878.00
Mesadas Adicionales	2,475.00
F. Solidaridad Mesadas	0.00
F. Solidaridad Mesadas Adic	0.00
Descuentos en Salud	1,786.00
Valor a Pagar	15,576.00

(…)”

Así mismo, por medio de la **Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016**, Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la pensional, al sostener que al no ser posible establecer los salarios que percibió desde el 2 de junio de 1987 al 13 de junio del mismo año, la entidad reconocería el para dicho tiempo el salario mínimo legal mensual vigente para esa época, enfatizando que para obtener el ingreso base de liquidación se tomaría el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o el

tiempo que le hiciera falta y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 del 3 de junio de 1994 y, en consecuencia, se reajustó la prestación, de la siguiente forma:

“(…)

2012	909,586.00
2013	931,780.00
2014	949,857.00
2015	984,622.00
2016	1,051,281.00

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	2,884,333.00
Mesadas Adicionales	477,085.00
Descuentos en Salud	339,752.00
Valor a Pagar	3,021,666.00

(…)”

De la cita anterior, se desprende que por la diferencia de las mesadas pensionales la señora Clara Inés Castro Muñoz percibió la suma de **\$3,021,666.00 pesos m/cte.**

Ahora bien, por medio de la Resolución No. VPB 27412 del 30 de junio de 2016, la entidad demandante al analizar el recurso de apelación interpuesto por la señora Clara Inés Castro Muñoz contra el acto administrativo señalado anteriormente, precisó que no era procedente acceder a la reliquidación deprecada con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio y, a su vez, advirtió que existió un error al momento de calcular el retroactivo pensional reconocido en la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, dado que no se tuvo en cuenta la mesada otorgada en la **Resolución No. GNR 213841 del 16 de julio de 2015**, efecto para el cual, precisó:

“... verificada la liquidación efectuada mediante Acto Administrativo No. GNR 77736 de 14 de marzo de 2016, se evidenció que el retroactivo reconocido se calculó por la diferencia entre la mesada reconocida en la Resolución N°. 014613 del 25 de Mayo de 2005, y la calculada en el Acto Administrativo No. GNR 77736 de 14 de marzo de 2016, ignorando que ya se había efectuado una reliquidación mediante Resolución GNR N°. 213841 del 16 de julio de 2015.
Que de esta manera, la resolución No. GNR 77736 de 14 de marzo de 2016, incurrió en error al ignorar el valor ya reconocido mediante Resolución GNR N°. 213841 del 16 de julio de 2015, por lo cual incurrió en error liquidando un retroactivo por valor de \$3.021.666 al cual el asegurado no tenía derecho, ya

que este es el calculado de la diferencia entre la mesada reconocida en resolución N°. 014613 del 25 de Mayo de 2005 y resolución No. GNR 77736 de 14 de marzo de 2016 **y no de la diferencia entre la mesada reconocida mediante Resolución GNR N°. 213841 del 16 de julio de 2015 y resolución No. GNR 77736 de 14 de marzo de 2016.**

Que el retroactivo generado por valor de \$3.021.666 ingresó a la nómina de pensionados por error de ésta administradora y es procedente la solicitud de consentimiento para revocar Actos de carácter particular y concreto como lo establece el artículo 93 y 97 del Código Contencioso Administrativo...” (negrita del Despacho)

En efecto, al realizar el cálculo de la diferencia pensional en los términos señalados en la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, frente a lo que la señora Clara Inés Castro Muñoz devengó por concepto de la Resolución No. 014613 del 25 de mayo de 2005, tenemos:

ANUALIDAD	MESADA PENSIONAL RESOLUCIÓN NO. GNR 14613 DEL 25 DE MAYO DE 2015	MESADA PENSIONAL RESOLUCIÓN NO. GNR 77736 DEL 14 DE MARZO DE 2016	DIFERENCIA PENSIONAL	MESADAS	SUBTOTAL DIFERENCIA PENSIONAL ANUAL
2012	\$ 844.255,01	\$ 909.586,00	\$ 65.330,99	4,01	\$ 262.115,00
2013	\$ 864.854,83	\$ 931.780,00	\$ 66.925,17	12	\$ 803.103,00
2014	\$ 881.633,01	\$ 949.857,00	\$ 68.223,99	12	\$ 818.688,00
2015	\$ 913.900,78	\$ 984.622,00	\$ 70.721,22	12	\$ 848.655,00
2016	\$ 975.771,86	\$ 1.051.281,00	\$ 75.509,14	2,01	\$ 151.774,00
MESADAS ORDINARIAS					\$ 2.884.333,00
MESADAS ADICIONALES					\$ 477.085,00
TOTAL DIFERENCIA MESADAS					\$ 3.361.418,00
DESCUENTOS EN SALUD					\$ 339.752,00
TOTAL RETROACTIVO					\$ 3.021.666,00

Bajo dicha óptica, se evidencia que la señora Clara Inés Castro Muñoz percibió una suma mayor por concepto de retroactivo pensional, dado que la diferencia a la que realmente tenía derecho, en virtud de la reliquidación de la prestación, se debió tasar respecto de la mesada generada entre la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016 y la que disfrutó, conforme a la Resolución No. GNR 213841 del 16 de julio de 2015, esto es, **\$3.010.958,00 m/cte.**, tal como pasa a exponerse:

ANUALIDAD	MESADA PENSIONAL RESOLUCIÓN NO. GNR 213841 DEL 16 DE JULIO DE 2015	MESADA PENSIONAL RESOLUCIÓN NO. GNR 77736 DEL 14 DE MARZO DE 2016	DIFERENCIA PENSIONAL	MESADAS	SUBTOTAL DIFERENCIA PENSIONAL ANUAL
2012	\$ 844.596,00	\$ 909.586,00	\$ 64.990,00	4,10	\$ 266.459,00
2013	\$ 865.204,00	\$ 931.780,00	\$ 66.576,00	12	\$ 798.912,00
2014	\$ 881.989,00	\$ 949.857,00	\$ 67.868,00	12	\$ 814.416,00
2015	\$ 914.270,00	\$ 984.622,00	\$ 70.352,00	12	\$ 844.224,00
2016	\$ 976.200,00	\$ 1.051.281,00	\$ 75.081,00	2,01	\$ 150.913,00
MESADAS ORDINARIAS					\$ 2.874.924,00
MESADAS ADICIONALES					\$ 474.582,00
TOTAL DIFERENCIA MESADAS					\$ 3.349.506,00
DESCUENTOS EN SALUD					\$ 338.548,00
TOTAL RETROACTIVO					\$ 3.010.958,00

En ese sentido, se encuentra demostrado que la señora Clara Inés Castro Muñoz percibió un valor superior por el retroactivo pensional al que realmente correspondía; sin embargo, la suma que devengó, por mayor valor, es de **\$10.708,00 m/cte.**, que se constituyó en un único pago.

Así las cosas, se encuentra demostrado que le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al afirmar que incurrió en un error al momento de expedir **la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016**, dado que le reconoció a la señora Clara Inés Castro Muñoz un retroactivo pensional superior al monto que tenía derecho, pues si bien, tomó como ingreso base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años o el tiempo que le hiciere falta o toda la vida laboral, con los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales hubiese cotizado para seguridad social, lo cierto es que omitió establecer la diferencia pensional, frente a la mesada reconocida en la Resolución No. GNR 213841 del 16 de julio de 2015 y la que le asistía derecho, en virtud del reajuste que sobre dicho concepto se determinó en la señalada Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad de la **Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016**, por medio de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Clara Inés Castro Muñoz, respecto al monto del retroactivo pensional que le fue reconocido, se declarará su nulidad parcial.

5.5.1 Reintegro de las mesadas pensionales.

El apoderado de la entidad demandante refirió que resulta procedente el

reintegro de las sumas canceladas a la señora Clara Inés Castro Muñoz, por concepto del retroactivo pensional, a partir de la fecha de inclusión de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, en nómina de pensionados.

Sobre el particular es menester precisar, que si bien, la declaratoria de nulidad parcial de un acto administrativo retrotrae los efectos a su estado inicial, puesto que no debió existir en el ordenamiento jurídico el aparte que se encuentra viciado y, por ende, desaparece los efectos del mismo, lo cierto es que, cuando está en discusión la devolución de las sumas de dinero pagadas y no debidas, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del C. P. A. C. A., fue preciso al señalar lo siguiente:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. *La demanda deberá ser presentada:*

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. (Negrita del Despacho).

La norma en cita, guarda estrecha relación con la disposición adoptada en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual:

“ARTICULO 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.*

En ese sentido, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares; sin embargo, dicho principio no es absoluto, en la medida que puede ser desvirtuado por quien lo alega, carga que no logró cumplir la parte demandante, pues tal como lo sostiene el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dicha entidad fue la que cometió un error aritmético en la liquidación del retroactivo pensional reconocido en la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, de forma que, le generó una expectativa a la pensional respecto a que le asistía el derecho a devengar la suma total de \$3.021.666,00 pesos m/cte., creando una legítima confianza en que percibía dicho monto conforme con la ley.

Así las cosas, no se puede advertir que la señora Clara Inés Castro Muñoz de forma fraudulenta obtuviera el reconocimiento y pago del mayor valor, por la suma de **\$10.708,00 m/cte.** del retroactivo pensional, como tampoco se puede concluir que actuara de mala fe, pues si bien en algunas oportunidades solicitó la reliquidación de la prestación, lo cierto es que lo hizo con la convicción de que estaba actuando conforme a derecho.

En ese sentido, no puede ahora trasladarse la responsabilidad a la señora Clara Inés Castro Muñoz, pues no obra prueba en el plenario que permita concluir que las peticiones elevadas ante la Administradora Colombiana de Pensiones, faltaran a la verdad o alterara información, con el objeto de ser beneficiaria del reajuste pensional y, en consecuencia, no se puede establecer que su actuación fuera la determinante para que la administración, a través de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, le reconociera un mayor valor en el retroactivo pensional bajo supuestos que alteraran la realidad.

En consecuencia, no se accederá a la devolución de la suma pagada por mayor valor a la señora Clara Inés Castro Muñoz por concepto del retroactivo pensional, reconocido en el acto administrativo cuya nulidad parcial se declarará en la presente providencia, al no encontrarse acreditado que dicho valor fuera percibido de mala fe.

5.6. COSTAS.

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la señora Clara Inés Castro Muñoz en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad **parcial** de la Resolución No. GNR 77736 del 14 de marzo de 2016, a través de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora CLARA INÉS CASTRO MUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.306.462, en cuanto a la forma como se liquidó el retroactivo pensional.

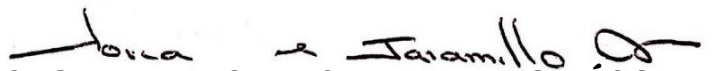
SEGUNDO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO.- Sin costas a cargo de la señora CLARA INÉS CASTRO MUÑOZ.

CUARTO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la entidad demandante excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase,


GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 006 de hoy 7 de abril de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO Secretaría