



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-35-028-2021-00329-00
Demandante: Ana Elvia Nieto Hernández
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría General.
Controversia: Solicitud de devolución de aportes régimen de prima medida con prestación definida.

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la demandante **Ana Elvia Nieto Hernández**, identificada con cédula de ciudadanía número 41.485.140, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y la **Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría General**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

La parte demandante, solicita:

1. *“Declarar que, la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., está obligada a hacer el pago de los aportes a pensión con destino a COLPENSIONES por el periodo de 1 de abril de 2009 al 31 de diciembre de 2013, en el que la demandante tuvo vinculación laboral con la ALCALDÍA.*

2. *Declarar la nulidad del acto administrativo complejo conformado por:*

10.1. El acto administrativo ficto o presunto con el que COLPENSIONES se abstuvo de reconocer y pagar lo pedido por la demandante el 15 de diciembre de 2014, negando la devolución de los aportes comprendidos entre el 1 de abril de 2009 al 31 de diciembre de 2013,

10.2. El acto administrativo ficto o presunto con el que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., se abstuvo de reconocer y pagar lo pedido por la demandante el 25 de julio de 2016, negando los trámites pertinentes para que COLPENSIONES le devolviera los aportes a pensión por el periodo en que estuvo vinculada a la SECRETARÍA GENERAL de la ALCALDÍA.

¹ Archivo Digital No. 16

10.3. *El acto administrativo de 13 de diciembre de 2017 con el que COLPENSIONES respondió a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., que “...La devolución de aportes solicitada para los ciclos 2009-04 al 2013-12, realizados a favor de la señora ANA ELVIA NIETO HERNANDEZ, con cédula de ciudadanía No. 41.485.140, no es procedente, en razón a que la SECRETARÍA GENERAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., con NIT 899.999.061-9, registra deuda real por valor de \$1.579.680.945,00 m/cte y deuda presunta por valor \$20.905.449.135.00 m/cte. Vale la pena aclarar que las cifras anteriormente mencionadas se encuentran liquidadas sin intereses...”*

3. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., a pagar los aportes a pensión a COLPENSIONES para que sean incluidos en la historia laboral de la demandante.*

4. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN incluyendo el periodo de aportes que debe la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.*

5. *Que se declare que, la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., con su omisión en el pago de los aportes a pensión, causó un perjuicio patrimonial a la demandante.*

6. *Que se declare que, COLPENSIONES con su omisión en el cobro de los aportes debidos, causó un perjuicio patrimonial a la demandante.*

7. *Como consecuencia de las 2 anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a cada una de las demandadas, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima, sobre el valor debido que resulte de la reliquidación de la indemnización sustitutiva, a manera de compensación de perjuicios.*

8. *Que se condene a las demandadas a cancelar Costas Procesales, incluidas las Agencias en Derecho.*

9. *Que se reconozca a la demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de Extra y Ultra Petita.”*

Las pretensiones están fundadas en los siguientes:

2. Hechos²

La parte demandante manifiesta que mediante Resolución No. 010778 de 2006 el Instituto de Seguros Sociales-ISS hoy Colpensiones, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ya que para ese entonces tan solo acreditaba 600 semanas cotizadas.

Señala que posteriormente, la demandante laboró para el Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría General, en el período comprendido entre el 1 de abril de 2009 y el 31 de abril de 2013 y durante ese tiempo de relación legal, la empleadora reportó los aportes para pensión a Colpensiones.

Indica que el 15 de diciembre de 2014, la demandante solicitó la devolución de esos aportes a Colpensiones, sin obtener respuesta.

² Folio 2

Refiere que el 25 de julio de 2016, solicitó a la Alcaldía Mayor de Bogotá que le reintegraran los dineros descontados por aportes pensionales, en el aludido período.

Informa que el 13 de diciembre de 2017, Colpensiones le indicó que no era posible el reintegro de esos aportes porque presentaba obligaciones de cotización en mora, por lo que advierte la parte demandante que la Alcaldía continúa en mora del pago de dichos aportes de acuerdo con la historia laboral de la accionante del 15 de febrero de 2018.

3. Normas violadas y concepto de violación³

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales: artículo 48.

Legales: artículos 22, 24 y 37 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto advirtió la parte demandante, que la Alcaldía convocada la puso en riesgo porque no efectuó las cotizaciones a tiempo al fondo pensional administrado por Colpensiones.

Además, aduce que Colpensiones no intentó acciones de recobro pertinentes para obtener el pago de los aportes adeudados y así reliquidar la indemnización sustitutiva de vejez.

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante auto del 11 de agosto de 2022 y se ordenó notificar al extremo pasivo, actuación que fue surtida de manera oportuna.

Se destaca que en esa misma providencia se dispuso el rechazo de la demanda respecto de los siguientes actos administrativos:

“...Respecto de la comunicación del 13 de diciembre de 2017 radicada No. BZ2017_10241433-3056181, de Colpensiones dirigida a la Alcaldía Mayor de Bogotá, se rechazará la demanda, por cuanto la parte demandante no se encuentra legitimada para atacar este acto administrativo que no es más que una solicitud de informe sobre las cotizaciones del período anotado para depurar la deuda generada por este aspecto y además no se trata de un acto administrativo susceptible de control judicial pues no es una decisión definitiva que haya creado, modificado o extinguido alguna situación o derecho de la accionante, conforme con los artículos 43 y 169 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011. No obstante, dicha comunicación se tendrá como prueba dentro de este proceso.”⁴

5. Contestación de la demanda

5.1. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones⁵

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el 23 de septiembre de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, procedió a contestar la demanda manifestando oponerse a las pretensiones de la demanda.

³ Archivo Digital No. 1

⁴ Archivo Digital No. 18.

⁵ Archivo Digital No. 11.

Aduce inicialmente que las pretensiones de la demanda, vienen dirigidas a que la Alcaldía Mayor de Bogotá empleadora de la demandante efectúe sus aportes y en efecto es deber de todo empleador hacerlo en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, destacando que se inició proceso de cobro persuasivo bajo el No. 2020_8209994, que cuenta con liquidación certificada de deuda del 12 de octubre de 2021, bajo el No. AP-00537062.

Destaca que no es procedente la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez porque la misma se le reconoció a la demandante Resolución No. 010778 de 2006 expedida por el Instituto de los Seguros Sociales-ISS, por lo que considera que el procedimiento agotado en este caso se dio dentro del marco legal.

Con fundamento en lo anterior, propuso la excepción de mérito de ***“falta de causa para demandar”***.

Igualmente propuso la excepción de ***“prescripción”***, invocando el significado de dicho fenómeno extintivo.

También propuso la excepción denominada ***“pago y compensación”***, invocando para el efecto los artículos 145 del Código Sustantivo del Trabajo y 1626 1714 del Código Civil.

En el mismo escrito presentó la excepción de ***“buena fe”***, fundada en la estricta aplicación del principio de legalidad y el sistema jurídico.

Finalmente formuló la excepción de ***“improcedencia de las condenas e intereses comerciales”***, invocando para el efecto el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y jurisprudencia asociada al derecho de petición en materia pensional.

5.2. Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá

Esta entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que efectuó las cotizaciones que tenía a su cargo como entidad empleadora, tal y como lo demuestra con las planillas y la historia laboral del demandante, expedida por Colpensiones y que trae como prueba la demanda.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de mérito que denominó: ***“cobro de lo no debido”*** e ***“inexistencia de la obligación”***.

Respecto de la excepción de ***“falta de legitimación en la causa por pasiva”***, la misma fue resuelta de manera desfavorable mediante auto proferido el 23 de enero de 2023 (por error involuntario se indicó en dicho auto que databa del 26 de noviembre de 2022, pero la fecha correcta es la indicada.).

6. Alegatos de conclusión⁶

Por medio de auto del 23 de enero de 2023, se estableció que se propuso una excepción taxativamente señalada en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 y se

⁶ Folios 94 y 95

resolvió desfavorablemente y dado que en este caso las pruebas aportadas lo eran documentales, se dio aplicación al artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, por lo que se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se corrió traslado común a las partes para que presentaran sus alegaciones finales.

6.1. Parte demandante

6.2. Parte demandada

Dentro de la oportunidad legal el Ministerio Público, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, y en consecuencia, la Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría General debe cancelar los aportes para pensión y si Colpensiones debe reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida a la demandante.

2. Marco normativo y jurisprudencial.

2.2. Régimen de prima media con prestación definida contemplado en la Ley 100 de 1993.

Sea lo primero señalar que mediante la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones en Colombia, el cual sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios **adquiridos y establecidos** conforme normativas anteriores, para las personas cuyo derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, pero que estaban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a dicho reconocimiento, ahora, para aquellos quienes no se encontraban en esta circunstancia, se reguló la pensión de jubilación o vejez, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

(...)

ARTICULO. 33.- Modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

Ver artículo 7 Ley 71 de 1988.

PARAGRAFO. 1º- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley;

d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, y

e) Derógase el parágrafo del artículo séptimo (7º) de la Ley 71 de 1988.

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

Ver art. 7, Decreto Nacional 510 de 2003.

PARAGRAFO. 2º-Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

PARAGRAFO. 3º- Reglamentado por el Decreto Nacional 2245 de 2012. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

PARAGRAFO. 4º-A partir del primero (1º) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

La expresión "madre" que hace parte del inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-989 de 2006, en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

PARAGRAFO. 5º- En el año 2013 la asociación nacional de actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual

dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.

ARTICULO. 34.- Modificado por el art. 10, Ley 797 de 2003 Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.”

Así, la Ley 100 de 1993, estableció en principio que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado debe haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, dichos requisitos fueron modificados incrementando la edad a partir del 1° de enero de 2014, a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres; a su vez, se incrementó el tiempo de cotización en 50 semanas para el año 2005 y a partir del año 2006, en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Por su parte, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, contempló el Ingreso Base de Cotización para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, así:

ARTÍCULO 1°. *El artículo [6°](#) del Decreto 691 de 1994, quedará así:*

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

De conformidad con la norma expuesta, se tiene que únicamente los factores salariales enunciados constituyen base de cotización para efectuar aportes al Sistema General de Pensiones, estatuido por la Ley 100 de 1993.

2.2. Indemnización sustitutiva contemplada en la Ley 100 de 1993 y la posibilidad de seguir cotizando.

En precedencia se mencionaron los requisitos para acceder a la pensión bajo el régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, debe tenerse en

cuenta que existen personas que cotizaron al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, llegaron a la edad de estatus pensional sin alcanzar la densidad de semanas para pensionarse (a partir de 2015, deben acreditarse 1300 semanas), por lo que la Ley 100 de 1993, contempló la posibilidad de obtener una prestación supletiva de la pensión de vejez que se denomina indemnización sustitutiva y se encuentra regulada de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*”⁷

Por su parte la Ley 797 de 2003, que reformó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre el particular indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. *Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:*

*Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.
(...)*

p) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley;”⁸

Como se desprende de la norma citada, es procedente la indemnización sustitutiva cuando la persona no cumple con la totalidad de requisitos para acceder a la pensión, no obstante, dicha norma exigía el retiro del servicio, cuestión que debió interpretar la Corte Constitucional en la sentencia C-375 de 2004, que sobre el contenido de este literal concluyó:

“...21.- En punto del examen de igualdad, lo primero que puede anotarse es que la norma demandada no supone un criterio sospechoso de discriminación. El hecho de tomar como parámetro de diferenciación el monto de cotizaciones realizado por una persona a su respectivo fondo pensional, no hace más que reglamentar una hipótesis fáctica respecto de la cual, tanto la ley como la jurisprudencia, coinciden en afirmar la falta de aptitud para consolidar un derecho adquirido⁹. La finalidad de la misma es permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas¹⁰ reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus

⁷ Ley 100 de 1993.

⁸ Ley 797 de 1993.

⁹ Ver sentencias C-546 de 1992, C-168 de 1995, C-596 de 1997, C-230 de 1998, C-107 de 2002 y C-1039 de 2003.

¹⁰ El artículo 67 de la ley 797 de 2003 prescribe al respecto: “Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el

aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo.
(...)

*26.-Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán **derecho** a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva no instituyó mandato alguno que vincular a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante¹¹.*

27.- En conclusión, el cargo de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad no prospera, por cuanto la norma demandada, tal como fue señalado por la vista fiscal y por todos los intervinientes, no impone la obligación de recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, sino que, por el contrario, ofrece una alternativa, permaneciendo siempre en cabeza del afiliado la decisión de optar o no por dicha prerrogativa. En ese sentido, pueden las personas que se encuentran cubiertas por el supuesto de hecho de la norma demandada continuar cotizando al sistema para cumplir con el tiempo de servicios necesario para tener acceso a la pensión de vejez.
(...)

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, literal p del artículo 2° de la ley 797 de 2003, en el entendido de que dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación. ”¹²

La jurisprudencia citada pone de presente que no se ordena el retiro del trabajador y que la indemnización sustitutiva en el régimen de prima media con prestación definida y la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, constituyen un prerrogativa o un derecho a que tienen cotizantes conservando la posibilidad al momento de llegar a la edad legal de pensión, de ejercer tal derecho o continuar aportando hasta obtener el requisito de las semanas o la cantidad de dinero suficiente para financiar la pensión.

En este punto es importante señalar que ha sido polémico lo pertinente a la exigencia del retiro del servicio en el régimen común, pues el Decreto 1730 de 2001 reformado por el Decreto 4640 de 2005, que sobre los requisitos para este tipo de indemnización sustitutiva precisó lo siguiente:

Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión".

¹¹ Para la definición de los conceptos de mandato, permisión, prohibición y posición libre puede consultarse: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1994, Págs 196-210.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-375 de 2004 con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Montelagre Lynett. **Las tres citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

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

a) *Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;*
(...)”¹³

La norma en cita, exige el retiro del servicio para tener derecho a la indemnización sustitutiva y como se trata de un decreto reglamentario, el Consejo de Estado sobre el ajuste al sistema jurídico de dicha reglamentación, indicó lo siguiente:

“Ahora, corresponde a la Sala analizar si la frase " se retire del servicio" dentro del contenido normativo a que alude el artículo 1º del Decreto Reglamentario, objeto de acusación, viola o no la Constitución o la ley, de acuerdo con la petición del demandante.

Una lectura desprevenida del texto que incluye el aparte acusado en nulidad, a primera vista parece indicar que se requiere que el afiliado una vez cumpla la edad pensional se debe retirar del servicio -para poder gozar de la indemnización reglada- o sea, que debe cumplir la edad pensional estando en servicio, con lo cual no podría adquirir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez si se ha retirado antes de cumplir la edad pensional.

El texto legal reglado -Art. 37 de la Ley 100 /93-, por el acto acusado parcialmente en este caso -Literal a del Art. 1º del Dcto. R. 1730 /01-, como ya se expresó en ningún momento exige que el afiliado cumpla la edad pensional estando en servicio y, por lo tanto, la norma reglamentaria no puede tener dicho alcance o consagrar tal exigencia.

Pero, como la ley exige -fuera de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización. En efecto, si el afiliado CONTINUA EN SERVICIO, lógico es que CONTINUE COTIZANDO y de esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio.

Bajo ese entendido -de la norma acusada en nulidad en este caso- la Sala no procederá a anular el aparte demandado.

Así las cosas, la Sala procederá denegar la pretensión de nulidad de la expresión "se retire del servicio" contenida en el lit. a) del art. 1º del Decreto Reglamentario 1730 del 27 de agosto de 2001, en el entendido que no se requiere estar vinculado al servicio cuando se cumpla la edad pensional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

¹³ Decreto 1730 de 2001 reformado por el Decreto 4640 de 2005.

FALLA:

DENIÉGASE la pretensión de nulidad de la expresión "se retire del servicio" contenida en el lit. a) del art. 1° del Decreto Reglamentario 1730 del 27 de agosto de 2001, en el entendido que no se requiere estar vinculado al servicio cuando se cumpla la edad pensional."¹⁴

Entonces, para el Consejo de Estado resulta 'lógico' que el servidor se retire del servicio para reclamar la prestación en comento, por cuanto la obligación de cotizar no desaparece si se encuentra empleado.

No obstante, se ha establecido fácticamente que existen casos en los cuales quienes han aceptado una indemnización sustitutiva, se vinculan a un nuevo empleo, aso en el cual el empleador tiene el deber de efectuar las cotizaciones al sistema, sin que le sea permitido exonerarse bajo el argumento que se recibió la indemnización, en razón a que la cotización no sólo cubre el riesgo de pensión de vejez, sino la invalidez por régimen común y muerte. Al respecto, la Corte Constitucional en sede de tutela precisó lo siguiente:

"5.6. Esta Corporación ha entendido que cuando el afiliado solicita la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma voluntaria al fondo de pensiones, remplace con ello la prestación que pretende obtener, ya sea por vejez o invalidez, lo cual no le impide continuar cotizando al Sistema para efectos de cubrir aquella contingencia que pueda sobrevenir en el desarrollo de una relación laboral o mediante contrato por prestación de servicios, toda vez que no son incompatibles. Por ejemplo, en caso de que el trabajador obtenga la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, supliendo su pensión de vejez, podrá seguir cotizando en forma obligatoria, cubriendo las demás contingencias, esto es, la invalidez de origen común y la muerte.

5.7. Al respecto, la sentencia T-861 de 2014 reiteró un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que mediante providencia del 20 de noviembre del año 2007 (Radicación No.30123, MP. Camilo Tarquino Gallego) estudió un asunto en el que el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El afiliado siguió cotizando y posteriormente, fue calificado con una pérdida del 63% de su capacidad laboral. La mencionada entidad prestadora le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sobre la base de que había reconocido en su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Ante la negativa, el afectado interpuso demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral que, en primera instancia, le ordenó al ISS el pago de la pensión de invalidez desde el momento de la estructuración de la misma y, en segunda instancia, el Tribunal, revocó lo decidido por el a quo y absolvió a la entidad de todas las pretensiones del demandante. En trámite de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia del Tribunal y confirmó la sentencia proferida por el a quo.

La Corte Suprema consideró que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Señaló que, "si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva. Así, si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de octubre de 2005 con ponencia del Consejero Dr. Tarsicio Cáceres Toro dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2002-00168-01 (3299-02).

sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social.”

Sostuvo que, “resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.”

5.8. En conclusión, no hay impedimento alguno para que quienes continúen asegurados y cotizando de forma obligatoria al Sistema de Seguridad Social, accedan a una pensión que cubra un riesgo distinto al que eventualmente se hubiera reconocido por medio de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos.”¹⁵

La Corte Constitucional, pese a la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez con otras indemnizaciones y pensiones regulada en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2000, indica que sí es procedente seguir cotizando a pensiones porque es posible que una persona, esté en la obligación de cubrir otros riesgos que genera el empleo como es el caso de la invalidez a lo que se suma que no existe norma en el ordenamiento jurídico que prohíba la nueva afiliación y cotización.

La interpretación de la Corte Constitucional concluye que la norma no puede interpretarse de manera restrictiva y debe entenderse que si una persona opta por la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo hace porque no alcanzó el requisito de cotización necesario para que se le conceda la pensión de vejez, pero si no tiene pensión, seguramente no tiene otro ingreso y debe procurarse en el mercado laboral ubicarse nuevamente para satisfacer su derecho al mínimo vital y móvil y trabajar implica, *per se*, la obligación que tiene el empleador de cotizar, lo que implica que existen dos instantes: (i) uno en que el ciudadano consideraba que no podía cotizar y (ii) otro en que consiguió una fuente de empleo, hecho que supone entonces que se expone a los riesgos de invalidez y muerte que también son amparados por el Sistema.

En este punto debe decirse que incluso en casos en los cuales se ha determinado que la persona tenía derecho a la pensión de vejez y sin embargo se reconoció la indemnización sustitutiva, se ha retrotraído la actuación en procura de garantizar al afiliado un mejor derecho. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, ha indicado:

“Ahora, en materia del riesgo de vejez, esta Corporación ha enseñado que el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide que se reconozca la pensión de esa estirpe, cuando para el momento de la solicitud ya se contaba con los requisitos para acceder a la prestación principal, es decir, cuando la entidad incurre en error al negarla. Así lo expresó la Corte en la providencia CSJ SL11042-2014.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-307 de 2021, con ponencia de la Magistrada Dra. Cristina Pardo Schlesinger. **Se pueden consultar entre otros las sentencias T-656 de 2016, T-225 de 2020 y T-036 de 2021.**

También, en la sentencia CSJ SL1328-2018, la Corte consideró que, si la indemnización se reconoce de manera oficiosa por parte de la administradora y esta no es reclamada por el afiliado, no es viable impedirle la posibilidad de seguir cotizando hasta reunir los requisitos para acceder a la pensión, por lo que al no existir prueba del pago de la suma indemnizatoria no hay razón para dejar de contabilizar tales cotizaciones para resolver el derecho a la prestación por vejez.

No obstante, como igualmente lo ha sostenido la Sala, si la persona desde el comienzo, esto es, le solicitó a la entidad el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, declarando que no es su deseo hacer más aportes, o como en este caso ocurrió, con decisión judicial, al haber solicitado expresamente esa prestación, los aportes realizados luego del reconocimiento de la indemnización sustitutiva no se pueden contabilizar, aunque posteriormente se completen los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez a fin de incluir tales periodos nuevamente para este último efecto, pues hasta ese momento el sistema asumió la prestación que le correspondía, se insiste, a solicitud de la afiliada y su expresa manifestación de no poder seguir cotizando.

Por manera que, aunque se avala la decisión de primera instancia de permitir que la trabajadora pueda seguir cotizando al sistema debido a las consecuencias que tiene estar vinculada mediante contrato de trabajo, y tener capacidad económica para sufragar los aportes respectivos en todos sus órdenes y, con ello, pueda estar protegida en los riesgos de salud, riesgos profesionales, y las prestaciones que ofrecen las cajas de compensación familiar, la posibilidad de que a la historia laboral se acumulen las cotizaciones, no significa que le garanticen de antemano la prestación de vejez, pues en caso de llegar a acumular el número mínimo exigido por la Ley, la entidad tiene la oportunidad de evaluar su eficacia.”¹⁶

La sentencia de tutela en cita, ilustra la procedencia de cotización posterior al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, resaltando que su eficacia se encuentra atada al número de semanas exigido por la Ley, para que se estudie nuevamente la prestación, pero si dicha indemnización fue reconocida sin el debido cuidado revisando el régimen aplicable al petente, es posible retrotraer la actuación administrativa para que se reconozca la pensión.

3. Caso concreto

3.1. Configuración del silencio administrativo

En este proceso se demandan dos actos administrativos de carácter ficto o presunto, el primero dirigido a Colpensiones, que tiene su origen en una petición elevada por la demandante radicada el 15 de diciembre de 2014, con el propósito de la devolución de saldos por aportes pensionales, acto configurado tres meses después, es decir, el 14 de marzo de 2015 y el segundo, originado en la petición de 25 de julio de 2016 dirigida a la Alcaldía Mayor de Bogotá con el propósito que se iniciara procedimiento administrativo tendiente a la devolución de saldos, acto ficto que se configuró tres (3) meses siguientes a su radicación, esto es el 25 de octubre de 2015.

3.2. Actos administrativos atacados por la accionante.

En el presente caso se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 010778 del 28 de marzo de 2006 “por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en

¹⁶ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, Sentencia de tutela No. STL2895-2022 del 2 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado Dr. Gerardo Botero Zuluaga dentro del expediente No. 96577.

el sistema general de pensiones-régimen solidario de prima media con prestación definida”¹⁷, se reconoció a la demandante una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en suma única de \$3'236.499.

Igualmente se tiene probado que la accionante fue designada como Supernumeraria en la Subdirección de Imprenta Distrital de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, desde el 6 de abril de 2009 con efectos fiscales a partir del 24 de abril de 2009 y su vínculo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2013¹⁸.

Con fundamento en lo anterior, la demandante radicó una petición ante Colpensiones el 15 de diciembre de 2014, en la que solicitó: “...se me haga la devolución de mis aportes comprendido entre el día 1º de abril del año 2009 al día el 31 de diciembre del año 2013...”¹⁹

Como se indicó en precedencia, el 28 de julio de 2016 elevó petición ante la Alcaldía Mayor de Bogotá,, con el propósito de que dicha entidad distrital ordenara el trámite de devolución de aportes por el aludido período ante Colpensiones.

Sin existir pronunciamiento por parte de las entidades, la parte demandante solicita en esta acción que se ordene al empleador efectuar las cotizaciones y a Colpensiones efectuar la reliquidación de la indemnización sustitutiva.

3.3. Actuación de la entidad empleadora durante la relación legal y respecto de los aportes pensionales.

La entidad demandada Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría General, demostró en el curso de la instancia que efectuó los aportes pensionales ante Colpensiones lo que se evidencia con las certificaciones periódicas de cotización que reflejan el aporte efectuado y obran en los archivos 24.1 y 28 del expediente.

Igualmente se tiene la historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones entidad que certificó que la demandante aportó para pensiones siendo dependiente de los empleadores, según se informa, la Alcaldía Mayor de Bogotá y Bogotá Distrito Capital, y para el período comprendido entre el 7 de mayo de 2009 y 31 de diciembre de 2013, aunque con la salvedad de “**no vinculado está pensionado**”²⁰, por lo que esas semanas no repartan incidencia en la sumatoria del total de cotización.

Así mismo, se cuenta con el Oficio No. BZ2017_10241433-3056181 del 13 de diciembre de 2017²¹, expedido por Colpensiones y dirigido a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante el cual se resuelve de manera desfavorable una solicitud de esta última, sobre de devolución de los aportes pensionales efectuados durante el período antes señalado a nombre de la

¹⁷ Archivo Digital 9 página 9.

¹⁸ Archivo Digital No. 28, archivo denominado “ANA ELVIA NIETO HERNÁNDEZ TOMO 2 1”

¹⁹ Archivo Digital No. 16 página 20.

²⁰ Ibidem páginas 25 y 28.

²¹ Ibidem página 22

accionante. Dicha petición fue elevada previa solicitud que le hiciera la demandante a la entidad distrital mencionada y por ser relevante en este asunto, su contenido se cita a continuación:

“Reciban un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES en atención a la comunicación de la referencia en la que solicitan:

“...el reintegro aportes a pensión realizados por parte de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor Bogotá D.C., a nombre de la señora ANA ELVIA NIETO HERNANDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No, 41485140...”
(...)

La devolución de aportes solicitada para los años 2009-04 al 2013-12, realizados a favor de ANA ELVIA NIETO HERNÁNDEZ, con cédula de ciudadanía No. 41.485.140, no es procedente en razón a que la SECRETARIA GENERAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. con NIT 899.999.061-9, registra una deuda real por valor de \$1.579.680.00 y deuda presunta por valor de \$20.905.449.135,00 m/cte. Vale aclarar que las cifras anteriormente mencionadas se encuentran liquidadas sin intereses.

Por lo anterior, cordialmente los invitamos a normalizar esta situación y poner al día sus obligaciones, con el acompañamiento de la Dirección de Ingresos por Aportes de Colpensiones, teniendo presente lo definido en el artículo 55 del decreto 1406 de 1999 que establece:

“ARTÍCULO 55. Pagos en exceso en Pensiones. Cuando como consecuencia del proceso de verificación adelantada por las entidades administradoras de pensiones se establezca que se han recibido pagos que exceden el monto de las cotizaciones obligatorias, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 9º del Decreto 1161 de 1994. En todo caso, previamente a la devolución del exceso, deberán efectuarse las compensaciones que resulten procedentes por obligaciones a cargo del aportante, y de conformidad con el orden de imputación de pagos señalado en el artículo 53 anterior.”

Y el concepto emitido por la Gerencia Nacional de Doctrina de Coipensione6, hoy Oficina Asesora de Asuntos Legales:

"Si el empleador se encuentra en mora, no solo no procede el trámite de devolución, que, adamas, 103 recursos puestos a disposición de la administradora habrán de seguir el procedimiento de imputación de pagos descrito en artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 510 de 2003',

Es importante señalar, que una vez normalizada la deuda real y presunta; podrá continuar con el trámite de devolución de aportes, si hay lugar a ello.”²²

La parte demandante interpretó del contenido de dicho oficio que su empleadora no efectuó sus cotizaciones, sin embargo, de la lectura del documento solo es posible advertir que la entidad distrital tiene a su cargo una deuda pendiente por cotizaciones no efectuadas, no propiamente de la señora ANA ELVIA NIETO HERNÁNDEZ, sino que de antaño registra tal cuenta por pagar lo que motiva a Colpensiones a negar la solicitud.

Cabe agregar, que en el texto citado Colpensiones invoca el Decreto 1406 de 1999 artículo 55 en armonía con el artículo 53 ibidem, que hace referencia a la compensación de dineros pagados en demasía ante la eventual devolución de los

²² Ibidem página 22.

aportes y para cubrir obligaciones pendientes, decisión que encuentra asidero jurídico, pues, al reclamar como aportes erradamente realizados, los efectuados a nombre de la accionante y alegar una cuenta por pagar pendiente a cargo de la entidad distrital solicitante, la norma mencionada autoriza a la entidad de previsión a cruzar tales valores pagados en exceso o por error con aquellos debidos anteriormente.

En este punto es preciso señalar, que fue la demandante quien le solicitó a la Alcaldía Mayor de Bogotá, que efectuara el trámite administrativo de devolución de saldos a su favor. Por lo que, en este punto es procedente analizar la legalidad de la actuación desplegada por la Alcaldía Mayor.

Para resolver el anterior interrogante debe decirse que la devolución de aportes, se encuentra regulada en el Decreto 1161 de 1994 y 1406 de 1999, que establece:

“Artículo 9º. Excesos en las consignaciones. Cuando como consecuencia del proceso de verificación adelantado por las administradoras se determinen excesos en las sumas aportadas, se seguirá el procedimiento que se determina a continuación:

a) En primer lugar se procederá a depositar las sumas consignadas en exceso en una cuenta transitoria de capitalización del fondo. Cuando en las planillas se relacionen consignaciones correspondientes a varios vinculados, los excesos se repartirán proporcionalmente de tal forma que exista una cuenta transitoria por cada afiliado. Si en la planilla se encuentra relacionado un solo vinculado, la totalidad del exceso se abonará en su nombre en la correspondiente cuenta transitoria.

b) En segundo lugar se procederá a informar el hecho al correspondiente empleador o trabajador independiente, a fin de que manifiesten si prefieren que las sumas pertinentes les sean devueltas, se abonen como un pago efectuado en forma anticipada o, tratándose del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se abonen como cotizaciones voluntarias en las respectivas cuentas de capitalización individual.

c) Obtenida respuesta, las sumas valorizadas se retirarán de las cuentas a que hace referencia el literal a) y se dará a las mismas el destino señalado por el depositante.

En el caso en el cual, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la correspondiente notificación no se hubiere obtenido respuesta, las sumas respectivas se abonarán como cotizaciones voluntarias.

En el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las sumas respectivas se mantendrán en una cuenta especial sin rendimientos y si no se obtuviere respuesta dentro del término señalado en el inciso anterior, se mantendrán allí a disposición del interesado.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 903 de 1994.”²³

Por su parte, el Decreto 1406 de 1999, precisa:

“Artículo 55. Pagos en exceso en Pensiones. Cuando como consecuencia del proceso de verificación adelantada por las entidades administradoras de pensiones se establezca que se han recibido pagos que exceden el monto de las cotizaciones

²³ Decreto 1161 de 1994.

obligatorias, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 9° del Decreto 1161 de 1994.

En todo caso, previamente a la devolución del exceso, deberán efectuarse las compensaciones que resulten procedentes por obligaciones a cargo del aportante, y de conformidad con el orden de imputación de pagos señalado en el artículo 53 anterior.”²⁴

De las normas en cita se concluye, que ese procedimiento administrativo parte del hecho de que **existió un error o yerro al momento de efectuarse un aporte para pensión, que genera un pago de lo no debido** y por lo mismo la entidad pensional tiene la obligación de contactar al empleador para devolvérselo.

En el presente asunto, es la entidad distrital quien solicita la devolución de aportes realizados a nombre de la accionante, sin tomar en consideración que tal solicitud no encuentra fundamento legal porque la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, al efectuar la cotización no incurrió en error alguno, por el contrario, cumplió con el deber legal consagrado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Queda claro que existió una relación legal entre la entidad distrital convocada y la demandante y producto de esa relación surge la obligación legal del empleador de efectuar la cotización, luego no existe fundamento para reclamar la devolución de aportes, pues en el expediente está demostrado que éstos se efectuaron correctamente, máxime si se tiene en cuenta que, como se analizó en precedencia, no existe norma que prohíba que una persona beneficiada con una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no pueda cotizar al sistema y si cotiza, el empleador incurre en un pago de lo no debido.

A lo anterior se añade que Colpensiones no estudió de fondo la solicitud de devolución de aportes pensionales, pues como se explicó en precedencia, indicó que previo a ello debe normalizarse una obligación que aparece a cargo de la entidad distrital convocada.

Luego, el Despacho considera que la pretensión de nulidad en lo que se refiere a la Alcaldía Mayor de Bogotá no está llamada a prosperar, pues si bien en el curso de la instancia no se demostró una respuesta a la petición radicada el 28 de julio de 2016, que tenía por objeto la devolución de aportes, es evidente que la entidad procuró atender tal solicitud con la radicación de una petición en ese sentido el 13 de diciembre de 2017, como se ilustró en precedencia.

²⁴ Decreto 1406 de 1999.

Además se probó la existencia de certificaciones que prueban la cotización y la historia laboral expedida por Colpensiones y aportada por la parte demandante que no cuenta con salvedad consistente en que el empleador se encuentra en mora en el pago del aporte sino aquella que indica **“no vinculado está pensionado”**²⁵, lo que sugiere un problema en la afiliación, derivado de la interpretación de la Ley que hace Colpensiones consistente en que la accionante no puede seguir cotizando, como se expuso en la problemática de este tema al estudiar el marco legal de la acción.

En suma, está demostrado que la Alcaldía Mayor de Bogotá cumplió con su obligación legal de efectuar las cotizaciones al sistema y no le correspondía adelantar el procedimiento administrativo de devolución de saldos, pues no incurrió en error al aportar a nombre de la accionante quien era una servidora dependiente.

Por lo expuesto, prosperan las excepciones denominadas **“cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación”**, propuestas por esta entidad demandada.

3.4. Reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Dado que quedó demostrado que existieron aportes en el período comprendido entre abril de 2009 y diciembre de 2013, corresponde entonces determinar la suerte de esos dineros atendiendo a que la demandante ya recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver este punto, el Despacho advierte que la demandante elevó la siguiente petición ante Colpensiones el 15 de diciembre de 2014: *“Cordial saludo. Yo Ana Elvia Nieto Hernández con Cedula de ciudadanía NO 41.485.140 de Bogotá, solicito mediante la presente, se me haga la devolución de mis aportes comprendido desde el día 10 del mes de Abril del año 2.009, al día 31 del mes de Diciembre del año 2.013”*²⁶.

Como se advierte, la demandante solicitó en vía administrativa la devolución de sus aportes para el período comprendido entre el 1º de abril de 2009 y el 31 de diciembre de 2013. Así mismo, estudiadas las pretensiones de la demanda, se advierte que éstas buscan la nulidad del acto ficto configurado a partir del silencio administrativo de dicha petición y la reliquidación de indemnización sustitutiva que fue reconocida mediante Resolución No. 010778 de 2006 el Instituto de Seguros Sociales-ISS.

Al respecto debe señalarse que las peticiones que eleven los afiliados a Colpensiones deben ser interpretadas de la manera más favorable a los intereses de estos, atendiendo el fuero de protección constitucional que los ampara por tratarse de personas de la tercera edad en desarrollo de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución de 1991 y si bien es cierto, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que ante la falta del requisito de las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez puede optarse por una indemnización sustitutiva como lo hizo la accionante en el año 2006, también lo es, que no existe norma que prohíba reliquidar dicha indemnización, más aún cuando se efectuaron aportes pensionales que fueron recibidos por la entidad de previsión, no fueron

²⁵ Ibidem páginas 25 y 28.

²⁶ Archivo Digital No. 16 página 20.

reintegrados al empleador y la única anotación que se generó fue la de **“no vinculado está pensionado”**²⁷.

Así entonces, de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede, no es posible advertir una prohibición expresa de cotizar al régimen de prima media con prestación definida luego de recibir la indemnización sustitutiva y dado que se registraron aportes pensionales en el período comprendido entre el 1º de abril de 2009 y 31 de diciembre de 2013, el Despacho considera que es procedente reliquidar la indemnización sustitutiva incluyendo dicho período y pagar la **diferencia** que resulte una vez efectuado ese procedimiento.

No pasa por alto el Despacho que la solicitud de devolución de aportes pensionales es propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad regulado en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 y consiste en **“...la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar...”**²⁸, mientras que no obstante, si bien la manera como se eleva la pretensión no se acompasa con los términos legales, el Juzgado considera que la accionante agotó debidamente el procedimiento administrativo y la actuación omisiva de Colpensiones de dar respuesta oportuna a la petición elevada, configuró una respuesta negativa a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se había reconocido a la demandante, que si bien es una figura que no está taxativamente contemplada en la ley, en términos prácticos realmente se traduce en la devolución a la demandante de los aportes efectuados con posterioridad a que se pagó la indemnización sustitutiva, como quiera que no se logró el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

Puestas así las cosas, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto negativo originado a partir de la petición radicada el 15 de diciembre de 2014, para en su lugar ordenar que se reliquide indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida a la accionante en el año 2006, incluyendo los períodos de cotización efectuados entre el 1º de abril de 2009 y el 31 de diciembre de 2013.

Por último, cabe señalar que si existe una controversia entre Colpensiones y la entidad empleadora atinente al pago de los aportes correspondientes, dicha circunstancia debe ser remediada entre las referidas entidades a través de las acciones administrativas que correspondan sin que ello pueda afectar a la demandante, quien en su calidad de afiliada al sistema no puede ver menoscabados sus derechos por la existencia de inconvenientes de orden administrativo entre las entidades encargadas de garantizar su derecho a percibir la indemnización sustitutiva.

3.5. Prescripción

En el presente caso debe tenerse en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una prestación imprescriptible, como quiera que por regla general satisface un riesgo mayor que la pensión, que es la ausencia de fuente de ingresos para la manutención.

²⁷ Ibidem páginas 25 y 28.

²⁸ Ley 100 de 1993.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, sobre la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha indicado lo siguiente:

“Desde la perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección que enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes -alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.²⁹ (Negrillas del Despacho).

Como se desprende del texto jurisprudencial, se trata de una prestación de seguridad social imprescriptible y en esa medida Colpensiones deberá proceder a la reliquidación solicitada en la forma que se explicó en precedencia.

4. De la condena

En consecuencia, la entidad demandada deberá reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la accionante, para incluir los períodos de cotización comprendidos entre el 1° de abril de 2009 y el 31 de diciembre de 2013 y pagar la diferencia que resulte de ese procedimiento.

Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir el demandante por concepto de la diferencia de la indemnización que no se pagó, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4559-2019 del 23 de octubre de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

de esta sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se presentó la reclamación que lo fue el 15 de diciembre de 2014.

5. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impone condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO DENOMINADAS “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación”, propuestas por la Alcaldía Mayor de Bogotá y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda en lo que se refiere a dicha entidad.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *“falta de causa para demandar”*, propuesta por Colpensiones conforme con lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DECLARAR CONFIGURADO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO respecto de las peticiones radicadas por el demandante ante Colpensiones el 15 de diciembre de 2014, con el propósito que le devolvieran los dineros aportados como cotización a pensión y ante la Alcaldía Mayor de Bogotá el 25 de julio de 2016, que tenía por objeto que le entidad distrital iniciara el procedimiento administrativo tendiente a la devolución de saldos por la cotización efectuada.

En consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD** del acto ficto o presunto configurado en el caso de la petición radicada el 15 de diciembre de 2014, ante Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a lo siguiente:

a. Reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a la señora **Ana Elvia Nieto Hernández**, identificada con cédula de ciudadanía número 41.485.140 y que le fue reconocida mediante Resolución No. 010778 de 2006 el Instituto de Seguros Sociales-ISS, para incluir los períodos de cotización correspondientes al 1º de abril de 2009 y el 31 de diciembre de 2013 y pagar la diferencia que resulte de ese procedimiento.

b. La diferencia que resulte deberán indexarse conforme con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y en aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir el demandante por concepto de la diferencia de la indemnización que no se pagó, 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 sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se presentó la reclamación que lo fue el 15 de diciembre de 2014.

QUINTO: **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
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: **06a86b0c942a6defaed5b1750728a73188d487500a8d6bc8e82a604f176e6be8**

Documento generado en 27/02/2023 02:09:55 PM

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