



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicado: 05001-23-33-000-2019-00234-01 (0910-2020)
Demandante: IRMA ELENA MORENO ECHEVERRI
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Tema: Compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez – y la pensión de jubilación del Fondo de Prestaciones del Magisterio. Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ASUNTO.

1. La Sala de Subsección A, decide el recurso de apelación presentado por la apoderada de Irma Elena Moreno Echeverri en contra de la sentencia de 23 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.



II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda¹

2. La señora Irma Elena Moreno Echeverri, en ejercicio del medio de control establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 2016-14989287 SUB 294 del 7 de marzo de 2017, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.
- Resolución 2017-3450038 SUB 30568 de 5 de abril de 2017, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la anterior decisión, confirmándola.
- Resolución 2017-3450038-2 DIR 5230 de 10 de mayo de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación presentado en contra de la Resolución 2016-14989287 SUB 294 del 7 de marzo de 2017, confirmándola.

¹ Folios 1 vto., y 2 del cuaderno principal del expediente.



3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por la suma de \$ 48.366.692.22, que corresponden a los aportes efectuados por empleadores del sector privado, junto con la debida indexación e intereses que lleguen a causarse.

4. Así mismo, que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

2.2. Hechos²

5. En la demanda que dio origen al presente proceso se narraron los siguientes hechos relevantes:

2.2.1. Irma Elena Moreno Echeverri, laboró como docente pública por más de 20 años, y, adicionalmente, se desempeñó en otras labores tanto del sector público como del sector privado.

2.2.2. A través de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016 el municipio de Medellín le reconoció la pensión de vejez en los términos de la Ley 812 de 2003, y, posteriormente, se reliquidó por medio de la Resolución 1818 de 17 de febrero de 2017, condicionada al retiro efectivo del servicio.

2.2.3. Las cotizaciones efectuadas por la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio eran suficientes para acceder a la pensión de vejez, sin necesidad de computar los aportes hechos a COLPENSIONES por servicios prestados a empleadores privados, por lo que estos deben ser objeto de indemnización sustitutiva.

2.2.4. El 30 de diciembre de 2016 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el cual le fue negado a través de la Resolución 2016-14989287 SUB 294 del 7 de marzo de 2017, la cual fue confirmada en las Resoluciones 2017-3450038 SUB 30568 de 5 de abril de 2017 y 2017-3450038-2 DIR 5230 de 10 de mayo de 2017.

2.2.5. La señora Irma Elena Moreno Echeverri demandó la nulidad parcial de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016 en el proceso que cursó en el Tribunal Administrativo de Antioquia con el radicado 05001233300020180061500 y que actualmente se encuentra en el Consejo de Estado, pendiente de sentencia de segunda instancia.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación³

6. Como fundamento de las pretensiones se invocaron las siguientes disposiciones:

² Folios 70 a 74 del expediente.

³ Folios 74 a 82 del cuaderno principal del expediente.





Constitución Política: artículos 1, 2, 3, 5, 6, 10, 11, 13, 15, 18, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 46, 48, 53, 57, 58, 74, 83, 84, 85, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 122, 123, 126, 128, 150 y 230; Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966; Ley 12 de 1975, Ley 4 de 1976; Ley 24 de 1977; Ley 44 de 1980; Ley 33 de 1985; Ley 113 de 1985; Ley 71 de 1988; Ley 91 de 1989; Ley 4 de 1992; Ley 100 de 1993; Ley 715 de 2001; Ley 115 de 2004; Ley 1437 de 2011; Decreto 3041 de 1966; Decreto 2400 de 1968; Decreto 3135 de 1968; Decreto 3074 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 224 de 1972; Decreto 1950 de 1973; Decreto 1045 de 1978; Decreto 2277 de 1979; Decreto 1160 de 1989; Decreto 2563 de 1990; Decreto 2341 de 2003.

7. Como concepto de violación, expuso que la docente se vinculó con el Municipio de Medellín como docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y del Decreto 1278 de 2002, por lo que estas normas no le son aplicables.

8. Por esa razón, tiene derecho a la devolución de aportes realizados al sector privado, dado que la señora Moreno Echeverri adquirió el derecho a la pensión de jubilación del régimen de educadores sin necesidad de que para obtener el derecho se requiera computar los tiempos privados.

2.4. Contestación de la demanda⁴

9. La entidad demandada, a través de apoderada judicial solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda puesto que en los actos demandados no se incurrió en ningún vicio o ilegalidad.

10. Como argumentos de defensa expuso que las 758 semanas cotizadas por la señora Moreno Echeverri al sector privado fueron incluidas para la asignación de su pensión.

11. Por otra parte, propuso las siguientes excepciones de fondo:

- Falta de causa para demandar, debido a que a la señora se le reconoció pensión de vejez conforme a derecho y con base en lo efectivamente cotizado.
- Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión.
- Cumplimiento de las obligaciones a cargo de COLPENSIONES.
- Cobro de lo no debido.
- Inexistencia de intereses moratorios.
- Improcedencia de la indexación de las condenas e intereses comerciales,
- Buena fe.
- Imposibilidad de condena en costas.



⁴ Folios 48 a 61 del expediente.



2.5. Decisiones relevantes en el trámite de la audiencia inicial.

12. En el trámite de la audiencia inicial, llevada a cabo el 12 de agosto de 2019, debido a que no se presentaron excepciones previas, el Tribunal Administrativo de Antioquia fijó el litigio en los siguientes términos:

«El problema jurídico principal que deberá resolver el Tribunal en el momento de emitir sentencia de fondo, consiste en establecer si se acreditan o no los supuestos en los cuales se fundamenta la pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución 2017-3450038-2 del 10 de mayo de 2017, por medio de la cual “se confirma la Resolución No. (sic) 2016-14989287 SUB 294 del 7 de marzo de 2017, que negó el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez”, así como la nulidad de la Resolución 2017-3450038 SUB 30568 del 05 de abril de 2017, expedida por Colpensiones, mediante la cual se resuelve negativamente el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la resolución del 07 de marzo de 2017, y la Resolución No. (sic) 2016-14989287 SUB 294 mediante la cual se “niega la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”.

Una vez acreditada la ilegalidad de los actos acusados, se analizará si resulta procedente o no ordenar a COLPENSIONES, reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez»⁵.



2.6. La sentencia apelada⁶

13. El Tribunal Administrativo de Antioquia por medio de la sentencia de 23 de octubre de 2019 negó las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que a continuación se resumen:

14. Para comenzar, indicó que la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión está regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y busca la recuperación de los aportes efectuados en la vida laboral del trabajador que se encuentra en imposibilidad de obtener la pensión de vejez.

15. A continuación, sostuvo que en el Decreto 1730 de 2001 se determinó que las indemnizaciones sustitutivas de la pensión de vejez e invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez e invalidez.

16. A pesar de lo anterior, puso de presente que el régimen pensional aplicable a los docentes se encontraba dentro de los exceptuados al sistema general de seguridad social, en los términos del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por lo que a estos se les aplica la Ley 91 de 1989.

⁵ Folio 88 del expediente.

⁶ Folios 112 a 121 del expediente.



17. Entonces, agregó que en virtud del Decreto 2709 de 1994 todas las entidades de previsión a las cuales un empleado haya efectuado aportes tienen la obligación de contribuir a la entidad pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.

18. Ahora bien, al analizar el caso concreto, precisó que en el sistema de gestión judicial Siglo XXI, se pudo advertir que el 10 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia dentro del expediente 05001233300020180061500, en la que se convocó a audiencia de conciliación, lo que implica una condena a la entidad demandada.

19. En ese orden de ideas, manifestó que es evidente que el régimen pensional de la señora Moreno Echeverri todavía es objeto de discusión, comoquiera que se encuentra en el Consejo de Estado para sentencia de segunda instancia.

20. Por lo tanto, hasta que no cobre firmeza la decisión judicial en la que se declaró la nulidad parcial del acto de reconocimiento pensional de la señora Moreno Echeverri «no es posible tener por establecido que el acto administrativo en sus apartes pertinentes, carece de legalidad y, que, en efecto, sea ese el sistema pensional que debe regular su derecho».

21. Por lo anterior, negó las pretensiones en el entendido en que existe una imposibilidad para adoptar una decisión favorable a los intereses de la parte demandante, «en virtud de la ausencia de firmeza de la decisión que dispuso el reajuste de su derecho pensional con base en un régimen en el que no tienen injerencia los aportes efectuados por la labor que realizó en el sector privado».

22. Para concluir condenó en costas a la demandante, puesto que se dieron los presupuestos del artículo 365 del Código General del Proceso.

2.7. Recurso de apelación⁷

23. La Apoderada de la señora Moreno Echeverri apeló la anterior decisión, con el fin de que sea revocada y que, en consecuencia, se acojan las pretensiones por las razones que se resumen a continuación:

24. Para comenzar, señaló que el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia de 10 de julio de 2019 en el proceso con radicado 05001233300020180061500 declaró la nulidad parcial de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016 y ordenó la reliquidación de la pensión de Irma Elena Moreno Echeverri con el régimen especial de los docentes, por lo que ordenó que se

⁷ Folios 145 a 153 del expediente.





estableciera el monto de la mesada con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, con base en lo que aportó en el sector de la educación.

25. A continuación, puso de presente que en el presente proceso se persigue un propósito diferente, esto es, que se reconozca que la señora Moreno Echeverri tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, porque para establecer su pensión como docente no se hacen necesarios los aportes al sector privado, motivo por el que se le deben devolver.

26. Adicionalmente, demandó se declare la suspensión del proceso por prejudicialidad en los términos de los artículos 161 y 162 del Código General del Proceso, porque el presente caso depende de la decisión que se adopte en el expediente 05001233300020180061500, en el que se debate la nulidad parcial de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016, que concedió la pensión de la docente Irma Elena Moreno Echeverri con el régimen previsto en la Ley 812 de 2003, cuando debió ser con lo previsto en la Ley 91 de 1989.

27. En ese orden de ideas, solicitó que en el evento en el que se decreta la suspensión y se considere pertinente, se exija como prueba trasladada el fallo que ponga fin a dicho proceso.

2.8. Alegatos de conclusión

28. La apoderada de Irma Elena Moreno Echeverri reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación⁸.

29. Adicionalmente manifestó que «si bien la Resolución No. (sic) 009045 del 12 de agosto de 2016 y la Resolución No. (sic) 01818 del 17 de febrero de 2017, proferidas por el Secretario Educación del Municipio de Medellín en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocen una pensión de vejez que se encontraba mal liquidada con fundamento en la aplicación errada de la normativa, dichas resoluciones reconocen la citada pensión, pero dicha pensión no la pagaba la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni aún mal liquidada, solo fue pagada por primera vez el mes de abril de 2019, con retroactivo de los meses de febrero y marzo de 2019. Mi representada parte demandante, continuaba trabajando y como causa de su trabajo devengaba su salario, no devengaba mesada pensional, solo fue hasta el mes de enero de 2019, que la demandante renunció a la Secretaría de Educación de Medellín y dicha renuncia fue aceptada el día 14 de enero de 2019, que le fue posible comenzar a acceder a su pensión de vejez, incluyéndola en el mes de abril en nómina de pensionados, lo



⁸ Tal como consta en el índice 18 del aplicativo SAMAI.



anterior, a pesar de encontrarse habilitada por la norma aplicable según su régimen pensional, hoy declarado por la honorable magistrada, para devengar al tiempo mesada pensional y salario por la prestación del servicio docente», lo que evidencia que actualmente la demandante percibe una pensión de vejez.

30. Por su parte, COLPENSIONES⁹ solicitó se confirme la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones, en el entendido en que la entidad demandada contribuye al pago de la pensión reconocida a la demandante.

31. El agente del ministerio público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

32. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.

33. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

34. En el caso concreto, se trata de apelante único, por lo que se analizarán exclusivamente los argumentos desarrollados por la apoderada de Irma Elena Moreno Echeverri.

3.3. Problema jurídico

35. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante debe determinarse si a Irma Elena Moreno Echeverri se le debe reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en razón a que los aportes que realizó a COLPENSIONES

⁹ Tal como consta en el índice 19 del aplicativo SAMAI.

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «**Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]».





con ocasión de sus servicios a empleadores privados no son necesarios para acreditar los tiempos mínimos requeridos para la pensión que percibe en su condición de docente.

3.4. Cuestión Previa. La solicitud de suspensión prejudicial realizada en el recurso de apelación.

³⁶. En relación con la solicitud de suspensión prejudicial presentada por la parte demandante, es necesario tener en cuenta que esta figura actualmente se encuentra regulada en los artículos 161 y 162 del Código General del Proceso que al respecto establecen:

«Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

Artículo 162. Decreto de la suspensión y sus efectos. Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.

El curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal».





37. Esta Sala, se permite poner de presente que en el caso concreto no hay lugar a suspender prejudicialmente el proceso con base en lo siguiente:

- En el proceso con 05001233300020180061500, se debate la nulidad parcial de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016 en la que le fue concedida la pensión de vejez a Irma Elena Moreno Echeverri, exclusivamente en lo que tiene que ver con la normativa aplicable y no con el derecho en sí mismo considerado. Es decir, no se discute que la hoy demandante sea beneficiaria de una pensión, sino que pretende determinar si se debe pensionar con fundamento en la Ley 812 de 2003, o con la Ley 91 de 1989.
- El fallo que acá se ha de pronunciar tiene por propósito algo totalmente diferente, como lo es establecer si le asiste derecho a Irma Elena Moreno Echeverri a percibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, evento que se presenta en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 cuando 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».

38. En ese orden de ideas, no hay lugar a decretar la suspensión prejudicial en el presente caso, debido a que se trata de asuntos autónomos.

39. Así mismo, se debe aclarar que en el expediente 05001233300020180061500 no se discute la existencia del derecho a la pensión, y por lo tanto no podría afectar el resultado del presente proceso.

40. Como consecuencia de ello, y dado que tampoco se solicitó en la oportunidad procesal pertinente, no hay lugar a decretar la prueba trasladada a que se refirió el recurso de apelación.

3.5. La figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

41. El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispone:

«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».





42. De donde resulta que su legalidad depende de que la persona reúna los siguientes requisitos: i) tener la edad exigida por la ley para obtener la pensión de vejez; ii) no haber cotizado por el mínimo de semanas exigidas; iii) declare su imposibilidad de continuar cotizando.

43. En relación con la figura de la indemnización sustitutiva, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

«Esta norma contiene como presupuesto de la procedencia de la indemnización sustitutiva, haber llegado a la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez, no haber cotizado el número de semanas requeridas para el mismo efecto y encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando. Configuradas las anteriores exigencias, surge el derecho a obtener una indemnización, **en sustitución de la pensión de vejez**, que no se alcanza a consolidar, tomando en consideración para su liquidación el número de semanas que la persona haya cotizado, de manera que, si bien estas no alcanzan para acceder a la prestación pensional, tales cotizaciones sí son reconocidas por el legislador para obtener la indemnización. El Gobierno Nacional reglamentó el artículo 37 referido, mediante el decreto 1730 de 2.001.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, el legislador también establece la garantía de una pensión mínima de vejez, para los afiliados que a los 62 años, si son hombres y 57 años si son mujeres, **no hayan alcanzado a generar la pensión mínima** a que se refiere el artículo 35, siempre que hubieran cotizado por lo menos 1.150 semanas, quienes tienen derecho a que el gobierno les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, en desarrollo del principio de solidaridad (art. 65).

Así mismo, en este régimen de ahorro individual, el artículo 66 prevé:

“Devolución de saldos. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

La diferencia entre la pensión plena y la indemnización sustitutiva consiste en que en la primera el afiliado cumple los requisitos de edad, de tiempo de servicio o de semanas cotizadas y consolida el derecho pensional, mientras que en la segunda, se alcanza la edad para obtener la pensión ahora denominada de vejez, pero no se han cotizado el número mínimo de semanas y existe imposibilidad declarada de continuar cotizando (...) (negrilla original)¹².

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de diciembre de 2001, radicado 1382, magistrado ponente: Ricardo Hernando Monroy Church.





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

45. De lo expuesto podría existir la duda respecto de la diferencia entre una prestación social y una indemnización. Es por ello que, para completar el análisis de la naturaleza jurídica de la figura, resulta pertinente evocar la diferencia entre prestación social e indemnización, para lo cual a continuación se transcribe un fragmento de la sentencia de 12 de febrero de 1993¹³, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la que se hicieron las siguientes consideraciones:

«Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el 'salario' propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuáles son las 'prestaciones sociales', las 'indemnizaciones' y los 'descansos', según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral.

Lo primero que debe asentarse es el hecho indiscutible de que todas estas expresiones 'salario', 'prestaciones sociales', 'indemnizaciones' y 'descansos' corresponden a pagos, reconocimientos o beneficios que el trabajador recibe a lo largo de su vida como tal, o inclusive cuando deja de serlo por alcanzar la jubilación o verse temporal o definitivamente imposibilitado para trabajar. No aciertan por consiguiente quienes afirman que sólo algunos de los enunciados beneficios son recibidos por el trabajador por el hecho de su vinculación laboral, pues la verdad es que todos encuentran su causa última en la prestación subordinada de servicios personales a otro. O Siempre será entonces la relación laboral preexistente la razón de ser de todos esos beneficios y la que, directa o indirectamente, fundamente o justifique su reclamación o reconocimiento.

Siendo cierto en consecuencia, como lo es, que los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que le presta, la distinción de la naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual sí permite delimitar claramente los diferentes conceptos.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 12 de febrero de 1993, expediente 5481, Magistrado Ponente: Hugo Suescún Pujols.





(...)

b).- La prestación social, al igual que el salario, nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél -y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos- no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más **bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc. y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva.**

Que el propósito primordial del legislador al estatuir las denominadas 'prestaciones sociales', fue el de amparar el trabajo humano frente a los riesgos que le son inherentes y no otro, resulta del hecho, relativamente inadvertido, de que la Ley 90 de 1.946 y luego los decretos legislativos que constituyen la base de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, hayan establecido la temporalidad de las prestaciones sociales a cargo directo del empleador, con miras a que fueran asumiéndose por entidades de seguridad o previsión social (arts. 193 y 259 CST).

Como se ve, lo que el legislador tuvo en cuenta al establecer las denominadas 'prestaciones sociales', fue la necesidad de cubrir los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conllevan la pérdida del empleo o del vigor o la integridad física y, en general, de todas aquellas contingencias en que el trabajador pierde su fuerza de trabajo, o se ve impedido temporalmente para ejercerla, o resulta disminuida su capacidad laboral de modo tal que no le es posible procurarse el salario necesario para su subsistencia personal y familiar.

El criterio según el cual las 'prestaciones sociales' son aquellas que cubren riesgos inherentes al trabajo, permite deslindar nítidamente lo que el trabajador recibe por dicho concepto -directamente del empleador o por intermedio de las entidades de seguridad o previsión social- de lo que se le paga o reconoce por el empleador como contraprestación a los servicios que el trabajador realiza, o sea, a la actividad que éste despliega en cumplimiento, a su vez, de su principal obligación emanada de la relación de trabajo.

Entendiéndose las 'prestaciones sociales' como el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador, resulta apenas lógico que cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar estas contingencias constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad e invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las 'prestaciones sociales' porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales.





(...)

c).- **Las indemnizaciones, que por definición corresponden a reparaciones de daños, en su doble modalidad de compensatorias y moratorias, resarcen los perjuicios que el trabajador llegue a sufrir como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales del empleador, o por el desconocimiento de los precisos deberes legales que la ley le impone al empleador en determinadas circunstancias».**

46. Con fundamento en el aparte transcrito, se infiere que, pese a que tanto las prestaciones sociales como las indemnizaciones se traducen en la obligación de realizar un desembolso de dinero, unas y otras atienden a finalidades distintas: por un lado, las prestaciones sociales tienen como finalidad cubrir un riesgo, mientras que las indemnizaciones tienen como finalidad resarcir o compensar un perjuicio.

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

48. Ahora bien, respecto de la posibilidad de pagar una indemnización sustitutiva, cuando los aportes exceden los requisitos para acceder a una pensión, la Corte Constitucional señaló:

«Ilustremos el caso con un ejemplo: una persona labora en el sector público 15 años y en el sector privado 8 años, para un total de 23 años, períodos que son acumulables para efectos de pensión. Según el régimen general de pensiones esa persona se pensionaría a los veinte años de servicio y cincuenta y cinco años de edad si es mujer o 60 si es hombre, y efectivamente así sucede. Sin embargo, no se incluyó, es decir, no se tuvieron en cuenta para efectos del reconocimiento de su pensión los aportes que efectuó durante los 3 años que laboró demás, pues como era obvio no se requería. Esos aportes deben remitirse a la entidad encargada de reconocer las pensiones, ya sea el ISS, o las Cajas o Fondos Públicos existentes antes de regir la ley 100 de 1993, pues están destinados a financiar las pensiones de todos los afiliados al régimen de seguridad social correspondiente.

Bajo esta interpretación se procederá a resolver la demanda.

En primer término, considera la Corte que la demandante parte de un supuesto erróneo, dado que la norma acusada se refiere





a los bonos pensionales que expidan las entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto de Seguros Sociales, lo que quiere decir, que corresponden a aportes efectuados por servidores estatales y no privados.

En segundo lugar, cabe aclarar que la "indemnización sustitutiva", contrario a lo que afirma la actora, no constituye una devolución de los aportes al trabajador ni en el sector privado ni en el público, pues dicha figura tanto para los empleados públicos que se rigen por la ley 100 de 1993 y los privados afiliados al ISS (...)

Ahora bien: que los aportes que no se incluyan en el bono pensional o aquellos en los que no procede la expedición del bono, deban entregarse a quien reconozca la pensión y no al trabajador que los hubiera hecho, no infringe el ordenamiento superior, pues **los aportes para pensión, efectuados por los servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público existentes antes de expedirse la ley 100/93, son recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública**, según lo dispuesto en el artículo 32-b) de la ley 100/93, y están destinados al pago de las prestaciones pensionales. En consecuencia, dichos recursos no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a la Seguridad Social, como expresamente se establece en el penúltimo inciso del artículo 48 de la Constitución, al estatuir que "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella".



Esta es la razón para que la Corte haya afirmado, al declarar la constitucionalidad del aparte citado del artículo 32-b), que la naturaleza misma de los aportes que conforman el fondo común "en ningún momento puede implicar que la Nación pueda apropiarse de estos recursos ni mucho menos, que puedan recibir el tratamiento que se da a los ingresos ordinarios del Estado. La Corte entiende que la definición que el inciso acusado hace del fondo común en el régimen de prima media con prestación definida como de naturaleza pública, es para denotar su contraposición con el régimen de ahorro individual, donde cada afiliado posee su cuenta de ahorro individual y como tal, **su aporte no es utilizado para garantizar las pensiones de otros afiliados.**"

(...)

Los aportes que un trabajador público realiza para pensión, en el régimen de prima media con prestación definida, ingresan al Sistema General de Pensiones, cuyo objetivo es "garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se fijan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones"; y, por consiguiente, no es posible devolverlos a los aportantes, como lo pretende la demandante.



Así las cosas, dichos aportes tienen una finalidad específica, cual es pagar la pensión de los mismos aportantes y de las demás personas establecidas en la ley, pues la Seguridad Social según lo establece el artículo 48 de la Constitución, se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que obliga al Estado a ampliar la cobertura de los beneficios a toda la población, mediante el subsidio a las personas que, por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a ellos.

En otras palabras, al disponer la disposición acusada, que dichos recursos sean entregados a la entidad que reconoce la pensión, **lo que la norma acusada hace es garantizar, tanto el derecho individual de cada trabajador de las entidades territoriales o públicas a que se tengan en cuenta todos los tiempos trabajados y los aportes realizados para efectos de reconocer la pensión, como la viabilidad financiera del sistema de pensiones como un todo**, ya que es gracias al traslado de esos recursos a la entidad administradora que se podrán reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales, y con ello se respeta el inciso 5 del artículo 48 Superior. En conclusión, no es posible que la entidad administradora de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, pueda entregar tales aportes directamente al trabajador, para fines distintos al reconocimiento y pago de la pensión que le corresponda una vez llene las condiciones señaladas por la ley. Debe señalarse, además, que de conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1.993, los bonos pensionales son "aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones"»¹⁴.



⁴⁹. A partir de la sentencia transcrita, la Sala colige que los aportes que se realizan al régimen de prima media con prestación definida no le pertenecen al trabajador sino al sistema.

⁵⁰. En ese orden de ideas, en los eventos en los que se reconoce la pensión de jubilación, pero se exceden los requisitos mínimos en la norma no hay lugar a devolver los aportes al trabajador ni a pagar una indemnización sustitutiva, puesto que el empleado no es el propietario de estos puesto que son destinados para un fin específico y se deben trasladar para financiar la pensión, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia transcrita.

⁵¹. Se debe tener en cuenta que el texto del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 consagró una indemnización que se presenta por la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, para las personas que no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas para acceder a esta prestación social.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-262 de 7 de marzo de 2001, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.



52. Debe agregarse que, para las personas que se encuentran en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Ley 100 de 1993 previó la devolución de saldos cuando el afiliado no haya cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no haya acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo.

53. Es de resaltar que la figura de la indemnización sustitutiva no fue prevista para docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, porque no están regidos por el subsistema de prima media con prestación definida.

54. Ahora bien, cabe agregar que en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y en el artículo 2 del Decreto 2527 de 2000 se estableció que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS deben utilizados para financiar la pensión, y que, cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la prestación, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la Caja, Fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento debe solicitar a las administradoras o entidades el traslado de las cotizaciones que no se tienen en cuenta para el reconocimiento.

55. Ello supone que todo aquel que, en efecto, percibe una pensión de vejez, no tiene derecho a la indemnización sustitutiva, puesto que no se encuentran en el supuesto de hecho de la norma, esto es, haber realizado aportes, no tener una pensión, estar en imposibilidad de seguir cotizando para reunir los requisitos mínimos.

56. Es decir, si se encuentra en el régimen de prima media con prestación definida, los aportes se destinan exclusivamente a la financiación de la pensión de vejez, y solo en el evento en el que no pueda acceder a esta prestación recibirá a título de indemnización los recursos a que se refiere el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.



3.6. Caso concreto

57. En el caso concreto, se encuentra demostrado lo siguiente:

- A Irma Elena Moreno Echeverri le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución 9045 de 12 de agosto de 2016¹⁵, por parte del Municipio de Medellín con los siguientes tiempos:

ENTIDAD	PERÍODO	
COLPENSIONES	30/04/1977	01/09/1977

¹⁵ En el expediente no se encuentra este acto administrativo. Sin embargo, es citado en la Resolución 1818 de 17 de febrero de 2017, que se encuentra en los folios 9 a 11.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 05001-23-33-000-2019-00234-01 (0910-2020)
Demandante: Irma Elena Moreno Echeverri

	28/09/1980	18/11/1980
	23/03/1981	03/04/1981
	29/09/1981	30/09/1982
	14/07/1983	30/11/1985
	01/01/1986	23/12/1990
	05/04/1991	02/08/1991
	01/04/1999	15/01/2002
FIDUPREVISORA (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO)	25/05/1993	31/01/1996
	26/03/1996	22/01/1997
	14/07/1997	01/12/1998
	16/01/2002	22/12/2005
	01/03/2006	07/07/2008
	02/09/2008	25/11/2014

- Por medio de la Resolución 1818 de 17 de febrero de 2017¹⁶ se ordenó la reliquidación de la pensión por encontrar unas inconsistencias. En este acto administrativo se dispuso que la prestación social se reconocerá con cargo a las siguientes entidades:

COLPENSIONES – entidad a la que le corresponde el pago del 40,6% de la pensión.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: 59,4%

- Posteriormente, a través de la Resolución 2016-14989287 de 7 de marzo de 2017, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, negó una solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva de Irma Elena Moreno Echeverri precisamente porque los aportes realizados a esta entidad deben ser utilizados para la financiación de la pensión que percibe la afiliada, ya que así se dispuso en el artículo 2 del Decreto 2757 de 2000 en concordancia con lo prescrito en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, motivo por el cual los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales no podían servir de fundamento para la indemnización solicitada¹⁷.
- Esta decisión fue confirmada a través de las Resoluciones 2017-3450038 SUB 30568 de 5 de abril de 2017¹⁸, y 2017-3450038-2 DIR 5230 de 10 de mayo de 2017¹⁹.



⁵⁸. A partir de lo expuesto en la presente providencia esta Sala advierte que la señora Irma Elena Moreno Echeverri no tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por lo siguiente:

⁵⁹. Tal como se expuso anteriormente, en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se consagró este derecho para aquellas personas que

¹⁶ Folios 9 a 11 del expediente.

¹⁷ Folios 13 a 16 del expediente.

¹⁸ Folios 22 a 25 del expediente.

¹⁹ Folios 18 a 20 del expediente.



no alcanzan a reunir los requisitos para obtener la pensión de vejez, como una forma de compensarles el daño consistente en haber realizado aportes, pero no los suficientes para acceder a la prestación social.

60. Conforme a lo señalado en la presente providencia, el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y el artículo 2 del Decreto 2527 de 2000 previeron que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS deben utilizados para financiar la pensión.

61. En el caso concreto, tal como consta en la Resolución 1818 de 17 de febrero de 2017, a la señora Moreno Echeverri se le reconoció su pensión de vejez, y para financiar la prestación social se utilizaron tanto las cotizaciones que realizó a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, como las del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que mal haría esta Sala en condenar a la entidad demandada al pago adicional de una indemnización sustitutiva.

62. Con base en lo anterior, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de octubre de 2019, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

3.7. Costas

63. Toda vez que se cumplen los presupuestos de los numerales 1, 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en de segunda instancia a la parte demandante puesto que se confirmó la sentencia de primera instancia y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión en esta etapa procesal.

64. Las mismas se liquidarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

65. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 23 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Irma Elena Moreno Echeverri en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 05001-23-33-000-2019-00234-01 (0910-2020)
Demandante: Irma Elena Moreno Echeverri

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a Irma Elena Moreno Echeverri de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia, las cuales se liquidarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012.

TERCERO. RECONOCER personería al abogado José Octavio Zuluaga Rodríguez, identificado con tarjeta profesional de abogado 98.660 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder que se encuentra en el índice 10 del aplicativo SAMAI.

CUARTO. Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “SAMAI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE



La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>