



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO – Adecuada aplicación normativa / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – Reconocida a beneficiarios de miembro de la policía nacional / BONIFICACIÓN ESPECIAL MENSUAL ADICIONAL – No procede para pensionados por sobrevivencia solo para pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[L]a demanda de amparo constitucional solo controvertió la decisión de segunda instancia en lo que respecta a la negativa de la bonificación establecida en el artículo 16 del Decreto 335 de 1992, frente a lo cual argumentó que tal decisión adolece de un defecto en cuanto niega el beneficio allí creado a favor de los pensionados de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad psicofísica o incapacidad absoluta. Al respecto, la Sala prevé que el mencionado artículo 16 del Decreto 335 de 1992, estableció que los pensionados por pérdida de la capacidad sicofísica recibieran una bonificación del 23.2% del total de dicha pensión (...) el Decreto 25 de 1993, (...) aumentó el porcentaje de la bonificación al 25% del valor de la respectiva pensión de invalidez (...) Esta norma fue reiterada en los sucesivos decretos, es decir, en los Decretos Nos. 133 de 1995; 107 de 1996 y 122 de 1997, este último vigente para el 10 de junio de 1997, fecha del fallecimiento del Capitán [E.M.H.B.] cuya pensión de sobrevivientes fue reconocida a favor de la accionante y de su hijo menor de edad, por medio de las resoluciones Nos. 0741 y 790 de 2008 (...) la Sala prevé que el reconocimiento de la bonificación petitionada por [la actora] para adicionar la pensión de sobrevivientes reconocida en su favor y en el de su hijo menor de edad – [A.M.H.M.] -, estaba legalmente establecida para los “pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta”, y no para los pensionados por sobrevivencia, como bien lo advirtió el Tribunal accionado. Sin embargo, y aunque la solicitud de amparo constitucional afirme lo contrario, la Sala encuentra acreditado que el Capitán [E.M.H.B.] no gozaba del estatus de pensionado, pues para la fecha de su fallecimiento no había sido reconocida la pensión de invalidez, por el contrario, para este momento el Capitán se hallaba en servicio activo, del cual fue retirado por defunción el 10 de junio de 1997, como lo acredita la Resolución No. 741 de 2008. Entonces, se reitera que el reconocimiento de la bonificación establecida en las normas antes citadas, se halla reservado para quienes ostentaban el estatus de “pensión de invalidez” (...) De manera que le asiste la razón al Tribunal Administrativo del Valle para considerar “que al momento de su fallecimiento el causante no se encontraba gozando de la pensión de invalidez” y que “no es posible (...) acceder a [la] pretensión [esbozada]” (...) de manera que la legalidad del acto administrativo objeto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho - Oficio No. 21863 del 5 de octubre de 2010, no fue desvirtuada y, en consecuencia, le correspondía denegar tales pretensiones

FUENTE FORMAL: DECRETO 335 DE 1992 - ARTÍCULO 16 / DECRETO 122 DE 1997

DESCUENTO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Ajustado a la normatividad legal / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

[L]a Sala quiere anotar que encuentra ajustado a la normatividad legal el descuento de los valores por concepto de aportes al sistema de seguridad social correspondiente al término corrido entre la fecha del fallecimiento y la del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante y su hijo menor de edad, pues, aunque los beneficiarios no hayan hecho uso del servicio, como bien lo anota el Tribunal accionado, tales aportes no pertenecen al



pensionado sino al Sistema y se sustentan en el principio de solidaridad que impone a los asociados “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”

NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del Consejero Guillermo Sánchez Luque, sin medio magnético a la fecha (06/08/2019)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04572-01(AC)

Actor: GENNY FABIOLA MENDOZA OCHOA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO

Asunto: Acción de Tutela – sentencia de segunda instancia

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial.

Subtema 1: Requisitos generales y específicos de procedibilidad.

Subtema 2: Defecto sustantivo. No se configura en tanto la bonificación consagrada en el artículo 16 del Decreto No. 335 de 1992 se halla reservada para la pensión de invalidez y no para la de sobrevivientes.

Decisión: Negar la solicitud de amparo por cuanto no se acreditó la causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencia judicial.

La Sala decide la impugnación presentada contra el fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2019 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹ que, a su vez, resolvió en primera instancia la acción de tutela interpuesta contra las sentencias proferidas el 7 de junio de 2012 y el 21 de junio de 2018 por el Juzgado 17 Administrativo de Cali y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (respectivamente).

I. ANTECEDENTES

¹ Fls. 67-72 del C.P.



1.- La solicitud de tutela

El 7 de diciembre de 2018, Genny Fabiola Mendoza Ochoa, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela² contra el Juzgado 17 Administrativo de Cali y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a los demás derechos que el despacho considere vulnerados con las providencias proferidas por los despachos accionados el 7 de junio de 2012 y el 21 de junio de 2018, dentro del Rad. No. 76-001-33-31-017-2011-00124-01.

1.1.- Hechos

La accionante enunció *in extenso* los hechos que la Sala sintetiza, así:

1.1.1.- En cumplimiento de la sentencia proferida el día 11 de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la Dirección General de la Policía Nacional, mediante las Resoluciones Nos. 741 del 1º de septiembre de 2008 y 790 del 5 de septiembre de 2008, reconoció a favor de Genny Fabiola Mendoza Ochoa y de su hijo menor de edad - Andrés Mauricio Hidalgo Mendoza - una pensión de sobrevivientes en su calidad de beneficiarios de Eider Mauricio Hidalgo Bohórquez.

1.1.2.- Mediante petición presentada el 28 de abril de 2010 la accionante solicitó la reliquidación de la prestación reconocida a su favor, para que se incluyera la bonificación especial mensual adicional, consagrada en el artículo 16 del Decreto No. 335 de 1992 a favor de los oficiales de la Policía Nacional pensionados por invalidez, así como para que se efectuara el reintegro de la suma de \$7.081.348.56, que le fue descontada por concepto de aportes a salud, en razón a que ni ella, ni su hijo, habían hecho uso de ese servicio.

1.1.3.- Mediante oficio número 21.863 ARPRES-GRUPE de 5 de octubre de 2010, el Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional resolvió de manera negativa la solicitud presentada por la accionante.

² Fls.1-27 C.P.



1.1.4.- En consecuencia, Genny Fabiola Mendoza Ochoa interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, conocida en primera instancia por el Juzgado 17 Administrativo de Cali que en providencia del 7 de junio de 2012 resolvió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, porque consideró que el acto acusado no era un acto administrativo propiamente dicho, sino una simple comunicación que no resolvía de fondo la petición de la actora.

1.1.5.- Contra la mencionada decisión se presentó recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Valle en sentencia del 21 de junio de 2018 que revocó la decisión inhibitoria y se pronunció de fondo para negar las pretensiones de la demanda.

1.2.- Fundamento de la acción de tutela

La accionante aduce que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la dignidad humana, en conexidad con el mínimo vital, ya que no tomó en cuenta las evidencias del derecho adquirido al pago de la bonificación consagrada en el artículo 16 del Decreto No. 335 de 1992, a favor de los oficiales de la Policía Nacional pensionados por invalidez. Con similares argumentos, alega la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de la seguridad jurídica.

De esta manera, la parte actora arguye que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental absoluto, ya que considera que la magistrada ponente se equivocó en la orientación dada al asunto y, así, generó la vulneración de los derechos fundamentales enunciados.

Sin embargo, la acusación que se le endilga a la decisión confutada configura el defecto sustantivo por indebida aplicación normativa. En consecuencia, así se estudiará.

1.3.- Pretensión de la acción de tutela

La accionante solicitó:

“PRIMERO.- (...) [que] se tutele (sic) los derechos fundamentales, a la señora GENNY FABIOLA MENDOZA OCHOA como son:



- I. A la **SEGURIDAD SOCIAL**, contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.
- II. Al **MÍNIMO VITAL**, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.
- III. A la **DIGNIDAD HUMANA**, contemplado en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.
- IV. Al **DEBIDO PROCESO**, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.
- V. Al principio de **SEGURIDAD JURÍDICA**, contemplado en el artículo 1, 2, 4, 5 y (sic) de la Constitución Política de Colombia.
- VI. **LOS DEMÁS DERECHOS QUE SU DESPACHO CONSIDERE QUE HAN SIDO VULNERADOS.**

POR INCURRIR EN UNA VÍA DE HECHO.

SEGUNDO.- en consecuencia, se deje sin valor ni efecto la providencia proferida por:

1. **HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA** de fecha 21 de junio de 2018, M.P. Luz Stella Alvarado Orozco.

TERCERO.- por consiguiente, ordenar al ente accionado, se proceda a fallar dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la presente decisión judicial.”

2.- Trámite de la acción de tutela en primera instancia y fundamento de la oposición

2.1.- Mediante auto del 10 de diciembre de 2018 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la acción de tutela³, decisión que fue comunicada y notificada a la accionante, al Tribunal Administrativo del Valle, al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, al Juzgado 17 Administrativo de Cali y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁴.

2.2.- El Juzgado 17 Administrativo de Cali, solicitó que se deniegue o se declare improcedente, en razón a que la providencia por él proferida fue revocada por el Tribunal Administrativo del Valle⁵.

2.3.- El Ministerio de Defensa Nacional solicitó que se nieguen las súplicas de la accionante por improcedencia del amparo, toda vez que no vislumbra la existencia de vulneración alguna a sus derechos⁶.

³ Fl. 51 C.P.

⁴ Fls. 52-58 C.P.

⁵ Fls. 59-60 C.P.

⁶ Fls. 62-64 C.P.



2.4.- El Tribunal Administrativo del Valle y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio.

3.- Fallo de tutela de primera instancia

El 9 de mayo de 2019, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró improcedente la solicitud de amparo porque no acreditó el requisito de procedibilidad general de relevancia constitucional⁷.

4.- Razones de la impugnación

La accionante presentó escrito de impugnación⁸ contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta y solicitó que se revoque y, en su lugar, se estudie de fondo y se acceda a la solicitud de amparo constitucional, fundamentalmente, porque consideró que la vulneración de sus derechos fundamentales es notoria y permanente en el tiempo.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86⁹ de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 13¹⁰ del Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 del 12 de marzo de 2019¹¹, esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra el fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2019 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, resolvió en primera instancia la acción de tutela interpuesta

⁷ Fls. 70-74 C.P.

⁸ Fls. 83-85 C.P.

⁹ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...).

¹⁰ Artículo 13.- Distribución de los procesos entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Tercera: (...).

14. Las acciones de tutela que sean de competencia del Consejo de Estado.

¹¹ “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”, adicionándose un numeral al artículo 13 del reglamento del Consejo de Estado, en lo que se refiere a la competencia de la Sección Tercera para conocer del trámite de acciones de tutela.



contra las providencias proferidas el 7 de junio de 2012 y el 21 de junio de 2018, por el Juzgado 17 Administrativo de Cali y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (respectivamente).

2.- Trámite de la acción de tutela en segunda instancia

El 28 de mayo de 2019, la Sección Cuarta de la Corporación concedió la impugnación¹² interpuesta, decisión que fue notificada y comunicada en debida forma¹³.

No evidenciándose irregularidad alguna dentro del trámite de la acción de tutela, la Sala procede a resolver el presente asunto.

3.- Problema jurídico

La Sala verificará si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales y, solo en caso afirmativo, procederá el estudio del defecto sustantivo.

4. La acción de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005¹⁴ reconoció que la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente “*si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*”¹⁵, dentro de los que se distinguen los siguientes: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela.

¹² Fl. 87 C.P.

¹³ Fls. 88-94 C.P.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 590 de 08 de junio de 2005.

¹⁵ Los presentes requisitos fueron reconocidos por el Consejo de Estado en sentencia del 05 de agosto de 2014. Rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01.



4.1.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

Aunque la Sección Cuarta de esta Corporación consideró que el asunto no goza de relevancia constitucional, en su escrito de impugnación la accionante solicita que en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia en sede de tutela, y de su mínimo vital, el asunto se decida de fondo para verificar la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del Tribunal Administrativo del Valle.

(i) En atención a lo anterior, la Sala considera que el presente asunto goza de *relevancia constitucional* en la medida que se trata de dilucidar si efectivamente la sentencia proferida el 21 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, desconoció los derechos fundamentales de la accionante, al negar sus pretensiones que tienen incidencia directa en la pensión de sobrevivientes de la cual es beneficiaria.

(ii) De igual forma, la Sala encuentra que la solicitud de amparo cumple el requisito de *subsidiariedad* toda vez que contra la sentencia objeto de tutela no existe otro medio de impugnación ni procede el recurso extraordinario de revisión¹⁶.

(iii) Asimismo, se acredita el presupuesto de *inmediatez*, pues la sentencia objeto de la solicitud se notificó mediante edicto fijado el 29 de junio de 2018¹⁷, de manera que quedó ejecutoriada el 5 de julio del mismo año, y el amparo se interpuso el 7 de diciembre de 2018, esto es, dentro del término razonable de 6 meses señalado por la jurisprudencia¹⁸.

(iv) No se alega una irregularidad procesal.

¹⁶ No se evidencia la existencia de alguna de las causales previstas en el artículo 250 del CPACA.

¹⁷ Consulta realizada en el sistema siglo XXI el 10 de mayo de 2019. 2:48 pm. <https://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprosesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=u68fegyOmizhqPGBvq%2fia%2bYuCPA%3d>

¹⁸ El Consejo de Estado estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 05 de agosto de 2014. Rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01.



(v) El escrito de amparo se encuentra debidamente *motivado* por cuanto se indicaron de forma razonada los hechos vulneradores y los derechos vulnerados.

(vi) Por último, no se ataca *una decisión de tutela* sino la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 76-001-33-31-017-2011-00124-01.

5.- Causales específicas de procedencia de tutela contra providencias

Únicamente en el caso en que se encuentren reunidos los requisitos anteriores, el juez del amparo analizará las causales específicas de procedencia de tutela contra providencias, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales del peticionario¹⁹. Estas son: defecto orgánico²⁰; defecto procedimental²¹; defecto fáctico²²; defecto material o sustantivo²³; defecto por error inducido²⁴; defecto por falta de motivación²⁵; defecto por desconocimiento del precedente²⁶ y defecto por violación directa de la Constitución²⁷.

5.1.- Defecto sustantivo

En la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional estableció que la procedencia de este requisito específico tenía lugar cuando la autoridad judicial accionada desconoce normas, aplica disposiciones legales que no se ajustan a la solución del problema jurídico planteado o deja de lado el precedente judicial, bien sea horizontal o vertical.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 8 de noviembre de 2018. Rad. 11001-03-15-000-2018-02775-01(AC).

²⁰ Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

²¹ Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

²² Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

²³ Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

²⁴ Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

²⁵ Implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

²⁶ Se configura cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

²⁷ Se configura cuando se deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto o se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución.



El defecto sustantivo o material nace del reconocimiento del hecho de que la competencia o facultad otorgada a las autoridades judiciales para interpretar las normas y aplicarlas al caso concreto, no es absoluta²⁸. Se incurre en este defecto, cuando el juez desborda dichas facultades al sustentar su decisión en una norma inaplicable, por alguno de los siguientes supuestos que fueron recopilados en la sentencia SU-632 del 2017:

“(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

(ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución.”

La Corte Constitucional distinguió otros eventos constitutivos de defecto material o sustantivo, en los siguientes términos:

(i)[C]uando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que ésta no tiene (contraevidente) (...). En otras palabras, se trata de una hipótesis en la cual se arriba a una norma jurídica cuya adscripción a la disposición de la que se pretende su derivación no es posible por contrariar los principios básicos de la lógica y las reglas de la experiencia o, (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad (ii.1) contraviene postulados de rango constitucional o (ii.2) conduce a resultados desproporcionados.”²⁹

²⁸ SU-210 de 2017.

²⁹ T-1095 del 2012.



La configuración de este defecto, entonces, está relacionada con la aplicación del derecho en el caso concreto para resolver el problema jurídico y como argumento sustantivo que sostiene la decisión judicial.

6.- Análisis de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

La Sala procederá a analizar si en el caso de autos se encuentra configurado el defecto alegado por la parte actora, esto es, el defecto sustantivo, sin embargo, *ab initio* se advierte que la demanda de amparo constitucional impetrada por Genny Fabiola Mendoza Ochoa, a pesar de que satisface los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, no cumple con dicha causal, como pasa a explicarse:

En primer lugar, frente a las circunstancias fácticas que precedieron las decisiones objeto de la acción de tutela, la Sala encuentra acreditado, como se anunció en el acápite de hechos, que la Dirección General de la Policía Nacional mediante las Resoluciones Nos. 741 del 1º de septiembre de 2008³⁰ y 790 del 5 de septiembre de 2008³¹, en cumplimiento de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Valle; reconoció a favor de Genny Fabiola Mendoza Ochoa y de su hijo menor de edad - Andrés Mauricio Hidalgo Mendoza -, la pensión de sobrevivientes en su calidad de beneficiarios del Capitán Eider Mauricio Hidalgo Bohórquez, quien falleció el 10 de junio de 1997 como consecuencia de un tumor cerebral.

No obstante el reconocimiento anterior, la accionante consideró que la pensión de sobrevivientes debió incluir la bonificación mensual consagrada en el artículo 16 del Decreto No. 335 de 1992 a favor de los oficiales de la Policía Nacional, así como que la entidad no debió efectuar descuento alguno por concepto de aportes a salud, pues ni ella ni su hijo habían hecho uso de dicho servicio.

En consecuencia, Genny Fabiola Mendoza Ochoa presentó un derecho de petición con estas solicitudes que, finalmente, fue resuelto en vía administrativa mediante el acto administrativo No. 21.863 ARPRES-GRUPE del 5 de octubre de

³⁰ Fls. 10-12 C.1 N.R.D.

³¹ Fls. 13-21 C.1. N.R.D.



2010³², por medio del cual el Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional negó la solicitud.

Estos hechos dieron origen a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Genny Fabiola Mendoza Ochoa contra el Ministerio de Defensa – Policía Nacional para que se anulara la negativa y se procediera, por vía judicial, al reconocimiento petitionado. Sin embargo, en primera instancia, el 7 de junio de 2012 el Juzgado 17 Administrativo de Cali resolvió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, porque consideró que el acto acusado no contenía una decisión que resolviera la petición de la actora.

El anterior fallo fue revocado por el Tribunal Administrativo del Valle, en sentencia del 21 de junio de 2018, en donde se pronunció de fondo y negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que:

“Conforme a los supuestos descritos se puede establecer, que al momento de su fallecimiento el causante no se encontraba gozando de la pensión de invalidez y que la pensión reconocida en sede judicial a favor de sus familiares fue de sobrevivencia.

Lo anterior no está en discusión ni tampoco aparecen pruebas en el expediente que evidencien que al causante se le haya concedido la condición de invalidez y que iniciará el trámite para consolidar el derecho a dicha prestación.

Lo anterior quiere decir que como el actor para la fecha de vigencia de la norma en la cual pretende cimentar su derecho a la unificación, no tenía reconocida pensión de invalidez y el 25% pretendido dependía de esta prestación pues el porcentaje equivalía a la cuarta parte de ella, no es posible a la sala acceder a dicha pretensión.

Aunado a lo anterior, debe reiterarse que la finalidad de la prestación de invalidez difiere sustancialmente del propósito de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de los accionantes, motivo por el cual resulta improcedente aplicar la normativa más favorable establecida para una de las prestaciones a otra que busca proteger la condición de dependencia económica que ostentaban los familiares del fallecido.

Finalmente debe resaltarse que no existen lineamientos jurídicos que permitan realizar la devolución de descuentos de los aportes en salud efectuado sobre las mesadas pensionales retroactiva y debidamente cotizadas al sistema de salud de la fuerza pública o de los dineros que se hayan cotizado antes de ser reconocida la pensión.

Debe resaltarse que es una obligación legal del pensionado cotizar sobre la totalidad de sus ingresos y sobre los recursos de las mesadas pensionales

³² Fls. 7-8 C.1. N.R.D.



retroactivas, más si se tiene en cuenta que los aportes en salud tienen una destinación específica y un carácter parafiscal.

Este descuento ha sido respaldado por la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia para los eventos del Sistema General de Seguridad Social en salud quien en sentencia del 6 de marzo de 2012 Rad. 47528, (...) expresó:

(...)

Así las cosas, para la Corte Suprema el descuento es legal y justo, pues según su criterio los valores retenidos al pensionado nunca le han pertenecido a éste, sino al sistema.

De esta forma los mencionados aportes son de obligatorio pago y recaudo, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, por cuanto los mismos tienen como fin garantizar la prestación de los servicios de salud a la totalidad de beneficiarios del sistema.

Adicionalmente, debe precisarse que los actos administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos del mismo, por tal razón y debido a que es obligatorio cotizar en salud sobre los ingresos que se perciben por pensión toda administradora de pensiones, una vez reconocida la misma, debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad a la fecha a partir de la cual se determina que empieza a devengar la pensión.”

En síntesis, el Tribunal consideró que no había lugar para inhibirse de conocer el asunto y se pronunció sobre la nulidad del acto administrativo, pero determinó que no le asistía la razón a los demandantes para solicitar el reconocimiento de la bonificación consagrada en el artículo 16 del Decreto No. 335 de 1992, toda vez que esta se halla reservada para la pensión de invalidez y no para la de sobrevivientes. Así mismo, reiteró que los aportes al Sistema de Seguridad Social son obligatorios, no pertenecen al contribuyente, sino al sistema mismo y tampoco dependen de que el beneficiario haga uso del servicio.

Insatisfecha con esta decisión, la accionante presentó la acción de tutela que aquí se decide, en donde pese a citar al Juzgado 17 Administrativo de Cali, no impugnó la decisión por él proferida, en razón a que fue revocada en segunda instancia, y contra este aspecto de la providencia no manifestó inconformidad alguna. Entonces, la demanda de amparo constitucional solo controvertió la decisión de segunda instancia en lo que respecta a la negativa de la bonificación establecida en el artículo 16 del Decreto 335 de 1992³³, frente a lo cual argumentó que tal

³³ Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial.



decisión adolece de un defecto en cuanto niega el beneficio allí creado a favor de los pensionados de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad psicofísica o incapacidad absoluta.

Al respecto, la Sala prevé que el mencionado artículo 16 del Decreto 335 de 1992, estableció que los pensionados por pérdida de la capacidad sicofísica recibieran una bonificación del 23.2% del total de dicha pensión, así:

“Artículo 16: Los oficiales, suboficiales, agentes, alumnos de las escuelas de formación de oficiales y suboficiales, soldados, grumetes, infantes y personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta, tendrán derecho a una bonificación especial mensual adicional, equivalente al 23.2% de la totalidad de la respectiva pensión.”

Dicha norma surtió sus efectos fiscales desde 1 de enero de 1992 y fue derogada por el Decreto 25 de 1993. No obstante, la bonificación reconocida por el Decreto 335 de 1992 a favor de los pensionados por disminución de la capacidad psicofísica, fue nuevamente establecida por el artículo 30 del decreto subsiguiente que reguló el régimen salarial y pensional del personal policial y militar, esto es, el Decreto 25 de 1993, que aumentó el porcentaje de la bonificación al 25% del valor de la respectiva pensión de invalidez, así:

“Artículo 30: Los Oficiales, Suboficiales, Agentes, alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales, Soldados, Grumetes, Infantes y personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta, tendrán derecho a una bonificación especial mensual adicional, equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de la totalidad de la respectiva pensión.”

Esta norma fue reiterada en los sucesivos decretos, es decir, en los Decretos Nos. 133 de 1995; 107 de 1996 y 122 de 1997, este último vigente para el 10 de junio de 1997, fecha del fallecimiento del Capitán Eider Mauricio Hidalgo Bohórquez, cuya pensión de sobrevivientes fue reconocida a favor de la accionante y de su hijo menor de edad, por medio de las resoluciones Nos. 0741 y 790 de 2008.

De igual manera, la norma en comento fue reproducida por los Decretos 58 de 1998; 062 de 1999; 2724 de 2000 y 745 de 2001 que, al igual que los anteriores, fijaron el régimen salarial y pensional del personal policial y militar, así como de otros miembros del Ministerio de Defensa, para sus respectivas anualidades. Sin embargo, quedó suprimida en los Decretos 2107 de 2003 y 4158 de 2004, que no



previeron tal reconocimiento, aunque para el efecto se profirió el Decreto 2070 de 2003, que en su artículo 30 reguló el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, que en su parágrafo 3º señaló:

“A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”

Así las cosas, dado el repaso normativo que antecede, la Sala prevé que el reconocimiento de la bonificación petitionada por Genny Fabiola Mendoza Ochoa para adicionar la pensión de sobrevivientes reconocida en su favor y en el de su hijo menor de edad - Andrés Mauricio Hidalgo Mendoza -, estaba legalmente establecida para los *“pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta”*, y no para los pensionados por sobrevivencia, como bien lo advirtió el Tribunal accionado.

Sin embargo, y aunque la solicitud de amparo constitucional afirme lo contrario, la Sala encuentra acreditado que el Capitán Eider Mauricio Hidalgo Bohórquez no gozaba del estatus de pensionado, pues para la fecha de su fallecimiento no había sido reconocida la pensión de invalidez, por el contrario, para este momento el Capitán se hallaba en servicio activo, del cual fue retirado por defunción el 10 de junio de 1997, como lo acredita la Resolución No. 741 de 2008³⁴. Entonces, se reitera que el reconocimiento de la bonificación establecida en las normas antes citadas, se halla reservado para quienes ostentaban el estatus de *“pensión de invalidez”* e, incluso, su *quantum* fue legalmente fijado en el 25% del monto total de dicha *“pensión de invalidez”*.

De manera que le asiste la razón al Tribunal Administrativo del Valle para considerar *“que al momento de su fallecimiento el causante no se encontraba gozando de la pensión de invalidez”* y que *“no es posible (...) acceder a [la] pretensión [esbozada]”* porque la bonificación discutida se hallaba establecida únicamente para quienes eran beneficiarios de la pensión de invalidez y no de sobrevivencia, de manera que la legalidad del acto administrativo objeto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho - Oficio No. 21863 del 5 de octubre de 2010, no fue desvirtuada y, en consecuencia, le correspondía denegar tales pretensiones.

³⁴ Fls. 67-69 C.1 N.R.D.



En el mismo orden de ideas, y pese a que la acción de tutela no señaló expresamente una inconformidad en este sentido, la Sala quiere anotar que encuentra ajustado a la normatividad legal el descuento de los valores por concepto de aportes al sistema de seguridad social correspondiente al término corrido entre la fecha del fallecimiento y la del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante y su hijo menor de edad, pues, aunque los beneficiarios no hayan hecho uso del servicio, como bien lo anota el Tribunal accionado, tales aportes no pertenecen al pensionado sino al Sistema y se sustentan en el principio de solidaridad que impone a los asociados *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”*³⁵.

Así las cosas, es evidente que el Tribunal Administrativo se ciñó a la normativa que regula el reconocimiento de la bonificación para la pensión de invalidez, y no de sobrevivientes, así como previó la obligatoriedad de descontar los aportes al sistema de seguridad social en cabeza del empleador. De esta manera, la Sala concluye que no se configura el defecto sustantivo estudiado. *Contrario sensu*, la normatividad aplicable se observó en un todo, bajo un análisis adecuado de los principios de razonabilidad y sana crítica.

De conformidad con lo anterior, dado que no se acreditó la causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencia judicial, la Sala negará las pretensiones de amparo peticionadas por Genny Fabiola Mendoza Ochoa.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que declaró improcedente la acción de tutela por falta de relevancia constitucional.

³⁵ Literal c) del Artículo 2º de la Ley 100 de 1993.



SEGUNDO: NEGAR el amparo constitucional solicitado por Genny Fabiola Mendoza Ochoa, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a los interesados por el medio más expedito.

CUARTO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Consejero
Aclaración de voto Cfr. Rad. 11001-03-15-000-2018-03386-01/19.

NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero Ponente