



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00001-01
DEMANDANTE: ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
“UGPP”
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 2 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES “UGPP”**, con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

¹ Folios 10 – 11 del cuaderno de primera instancia.

* Resolución No. RDP 015495 del 21 de abril de 2015, por medio de la cual, se negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

* Resolución No. RDP 020050 del 21 de mayo de 2015, mediante la cual, se resolvió un recurso de reposición contra la anterior decisión.

* Resolución No. RDP 027320 del 6 de julio de 2015, a través de la cual, se resolvió un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el demandante se ordene a la UGPP, a reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía superior a los veintitrés millones quinientos ochenta y seis mil seis pesos (\$23.586.006.00)

De igual forma solicita, que se ordene a la parte demandada realizar la corrección monetaria del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo a la fórmula matemática utilizada por el Consejo de Estado.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó el demandante Roberto Olmedo Negrete Peñalba, que nació el día 2 de octubre de 1983 y contaba con 76 años de edad, para la fecha de presentación de la demanda.

Señaló, que prestó sus servicios en calidad de empleado público al Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, Dependencia: Sincelejo, Sede: San Onofre - Sucre, desde el 3 de julio de 1972 hasta el 8 de septiembre de 1984, periodo que equivale aproximadamente a 600 semanas de cotización en pensión.

² Folios 2 - 9 del cuaderno de primera instancia.

Indicó, que su último salario devengado correspondía a la suma de \$53.750.00, más una prima de antigüedad de \$6.991.00 y una prima técnica de \$2.200.00.

Anotó, que los aportes para pensión fueron realizados por el Instituto Colombiano Agropecuario "ICA" a la Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", teniendo en cuenta la asignación mensual y los factores salariales antes señalados.

Expresó, que no siguió cotizando al sistema integral de seguridad social en pensión, por no vincularse a otro empleo oficial o privado y tampoco pudo hacerlo de manera voluntaria por la imposibilidad económica.

Adujo, que radicó petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional "UGPP"³, solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sin embargo, dicha entidad mediante Resolución No. RDP 015495 del 21 de abril de 2015, negó tal solicitud.

Refirió, que contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación, pero fue confirmada mediante las Resoluciones Nos. RDP 020050 del 21 de mayo de 2015 y RDP 027320 del 6 de julio de 2015, respectivamente.

Sostuvo, que por los hechos anteriores presentó acción de tutela, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito, ente judicial que mediante fallo de fecha 3 de septiembre de 2015, tuteló como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, seguridad social y salud. Así mismo, ordenó suspender los efectos de las aludidas resoluciones y le ordenó a la UGPP, que realizara los trámites administrativos y presupuestales a fin de reconocer la indemnización

³ Entidad que asumió la carga prestacional de CAJANAL.

sustitutiva de la pensión de vejez, con base en lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario No. 173 de 2001.

Se precisó, que *“la orden dada en la sentencia permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado, para lo cual el afectado deberá ejercer dicha acción en el término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela”*.

Señaló el demandante, que el citado fallo fue impugnado por la UGPP, siendo confirmado por el Tribunal Superior de Sincelejo - Sala Penal, mediante sentencia de fecha 8 de octubre de 2015.

Que en virtud de lo anotado, la UGPP mediante Resolución No. RDP 038081 del 17 de septiembre de 2015, reconoció en su favor, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$8.722.512.00.

Como **normas violadas**⁴, invocó las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 4, 25, 29, 48 y 93.
- Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22; Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 16; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9.
- Ley 455 de 1998, Ley 100 de 1993, Decreto Reglamentario No. 1730 de 2001; y Ley 153 de 1987.
- Resoluciones Nos. 4300 del 21 de julio de 2012, y 7144 de 2014, expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En su concepto de violación⁵, adujo, que la negativa de la UGPP de reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al considerar

⁴ Folio 11 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 11 - del cuaderno de primera instancia.

que el Registro Civil proveniente de la República de Panamá no había surtido el trámite de legalización correspondiente, conculcaba el contenido de la aplicación del bloque de constitucionalidad, máxime, cuando se pretendía garantizar derechos fundamentales como la seguridad social.

Sostuvo el actor, que su Registro Civil fue agregado al trámite administrativo con el lleno de los requisitos; sin embargo, la UGPP conculcaba su derecho a la dignidad humana, al prolongar en el tiempo a través de un procedimiento ordinario, el reconocimiento de un derecho que evidentemente había acreditado.

1.3. Contestación de la demanda⁶.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

-. Falta de prueba que ampare lo pedido: toda vez, que el actor no demostró la edad mínima requerida, en atención a que el documento presentado para probar tal exigencia, no contaba con los requisitos legales exigidos para ser válido y permitirle a la entidad entrar a estudiar el fondo de lo pedido.

Sostuvo, que el Registro Civil de Nacimiento aportado con la petición, no cumplía con el requisito de apostillaje y legalización por la Oficina del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, lo cual impedía que pudiera tenerse en cuenta para los efectos pensionales que se perseguían.

-. Legalidad del acto administrativo demandado: en razón a que al demandante no le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la norma no

⁶ Folios 217 - 220 del cuaderno de primera instancia.

había consolidado el derecho a percibir la indemnización sustitutiva hoy reclamada (1º de abril de 1994), lo cual se podía verificar al examinar la Partida de Bautismo del demandante que obraba en el expediente administrativo y donde constaban, los datos de su nacimiento; prueba de la que se podía determinar la fecha exacta en la cual cumplió los 50 años de edad, esto es, el 2 de octubre de 1988, es decir, tiempo antes de la entrada en vigor del nuevo sistema general de pensiones.

Que además, para la fecha en la cual culminó sus labores en el ICA (8 de septiembre de 1984), tampoco se encontraba vigente la referida Ley 100 de 1993; por lo tanto, si bien cumplía el requisito de la edad, no reunía aquel que se refería a las cotizaciones al nuevo sistema.

-. Prescripción: sin que se entienda allanamiento a las pretensiones de la demanda y en caso de accederse a ellas, solicitó se declarara la prescripción extintiva, conforme lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

1.4.- Sentencia recurrida⁷.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 2 de agosto de 2018, declaró la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA.

Precisó que la entidad debía proceder a liquidar la referida indemnización, teniendo en cuenta el tiempo de la prestación de los servicios comprendidos entre el 3 de julio de 1972 hasta el 8 de septiembre de 1984, a más de los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma señalada en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, modificado a su

⁷ Folios 244 - 250 del cuaderno de primera instancia.

vez, por el artículo 1º del Decreto 4640 de 19 de diciembre de 2005. Y advirtió, que la entidad debía descontar los pagos que se hubieren efectuado en cumplimiento de la acción de tutela.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que el demandante reunía los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (edad, computo de semanas cotizadas y declaración de imposibilidad de seguir cotizando); y como requisito accesorio, se encontraba probado que el actor cumplía con las exigencias establecidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto a la legalización de los documentos expedidos en el extranjero que se quieran hacer valer dentro del territorio Colombiano, toda vez, que su certificado de nacimiento se encontraba apostillado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá.

1.5.- El recurso⁸.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES “UGPP”**, apeló la sentencia de primera instancia, a fin de que sea revisada y revocada por este Tribunal.

Como fundamento de su recurso, la entidad demandada reiteró que el demandante prestó sus servicios al Estado hasta el 8 de septiembre de 1984, lo que permitía advertir que no llegó a efectuar sus aportes a pensión en vigencia del actual Sistema General de Pensiones, contenido en la Ley 100 de 1993, normativa en virtud de la cual, nace a la vida jurídica la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para servidores públicos.

Así entonces, expresó su inconformidad con lo decidido por el A-quo, por cuanto las normas que regulaban el derecho reclamado, no se encontraban vigentes a la fecha de retiro del demandante (8 de septiembre de 1984).

⁸ Folios 260 - 262 del cuaderno de primera instancia.

Manifestó, que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1730 de 2001, el derecho reclamado por el demandante nace o se hace exigible sólo para quienes cotizaron en vigencia del actual sistema de pensiones y que a pesar de ello, el tiempo total de semanas cotizadas no resultare suficiente para acceder a una pensión, hallándose además, en imposibilidad de continuar cotizando; cuando ello ocurre, hay lugar a reclamar la referida indemnización, que no es otra cosa que devolver el dinero cotizado por el afiliado.

Por otro lado, presentó inconformidad con la condena en costas, en tanto, su imposición estuvo carente de motivación.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 19 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁹.

- En proveído de 12 de abril de 2019, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo¹⁰.

- La parte demandante¹¹, reiteró lo expuesto en la demanda y adicionó, que el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no estaba supeditada a que el beneficiario deba cotizar una vez entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y mucho menos, su término se empezaba a contabilizar a partir de la vigencia de la misma ley.

En tal sentido, anotó, que a pesar de que hubiere cotizado sus aportes a la seguridad social antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la entidad demandada debía reembolsar los dineros que le fueron cotizados.

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 12 - 20 del cuaderno de segunda instancia.

- La parte demandada¹², reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación.
- El Agente del Ministerio Público, no emitió concepto en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.3. Cuestión preliminar. Impedimento de Magistrado.

El Dr. EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE, mediante escrito de la fecha manifiesta declararse impedido para conocer del presente asunto, toda vez que dice tener nexos de parentesco con el demandante a términos del art. 141.3 del C. G. del P. en concordancia con el art. 130 de la Ley 1437 de 2011.

La manifestación en comento, en criterio de la Sala debe ser recibo, al reunirse los requisitos descritos en las normas antes indicadas y a fin de evitar que algún tipo de interés particular pueda afectar lo que se decida en el presente asunto, manteniendo de esta forma la autonomía e independencia judicial.

2.2. Problema Jurídico.

El problema jurídico a resolver en el presente asunto, se centra en: ¿Hay lugar, al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de

¹² Folio 21 - 23 del cuaderno de segunda instancia.

vejez, de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA, por parte de la UGPP, pese a que sus cotizaciones son anteriores a la entrada en vigencia de dicha ley?

2.3. Análisis de la Sala.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador colombiano efectuó una relación sistemática de las medidas, que en su parecer, son necesarias para atender a la exigencia de un Sistema de Seguridad Social más coherente, con las problemáticas de una realidad jurídica contemporánea, caracterizada por su alta complejidad y un marco de desafíos y compromisos institucionales, soportados a su vez, de una gama de principios rectores, como lo son la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación¹³.

Así, con la expedición de la referida ley comenzó a regir y surtir efectos el sistema general de seguridad social, cuyo propósito en el ámbito pensional, fue unificar en un solo sistema, todos los regímenes vigentes al momento de su expedición; también tuvo la previsión de proteger a quienes tienen la edad exigida para la pensión de vejez, pero que por alguna circunstancia no tienen las semanas de cotización mínimas requeridas para acceder al reconocimiento de esa prestación. Fue así, como instituyó la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, siendo procedente en el evento en que no sea posible o no se pretenda seguir cotizando, para efectos de obtener el reconocimiento pensional, es decir, que tenga la intención de retirarse del sistema general de pensiones por la imposibilidad de seguir haciendo aportes o porque simplemente, el deseo es de no continuar.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, regula expresamente la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en los siguientes términos:

¹³ Ley 100 de 1993, Arts. 1-9.

“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”.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es una herramienta que busca aminorar las circunstancias en las que se encuentren las personas que no pueden acceder a la pensión de vejez, habiendo tenido semanas cotizadas en el sistema, pero que no alcanzan para el reconocimiento pensional. De suerte entonces, que se erige como un método de garantizar el mínimo vital de quienes no tienen acceso a la derecho de pensión de vejez¹⁴, por no cumplir con las semanas mínimas requeridas, siempre y cuando se cumpla la condición de no querer o seguir cotizando en el sistema¹⁵.

Ahora, sobre la causación y los requisitos para acceder a esta prestación, el Decreto 1730 de 2001, dispone:

“ARTÍCULO 1º-Causación del derecho. Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en 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

¹⁴ Ver Sentencia T – 170 de 2017. “(...) Por tanto, dichas personas ven en esta figura legal, la posibilidad de recibir una suma de dinero en contraprestación al tiempo aportado y en sustitución de la pensión a la que pretendían inicialmente acceder, cifra de dinero que persigue, en parte, evitar la posible afectación de sus derechos fundamentales, principalmente, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas. (...)”.

¹⁵ Ver sentencia T – 596 de 2016. “(...) Cuando un afiliado ha cumplido con la edad requerida para acceder a algún beneficio pensional, pero, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas de cotización establecidas por la ley para tales efectos, emerge la posibilidad de que solicite la indemnización sustitutiva, como una de las prestaciones económicas dispuestas por el sistema de seguridad social en pensiones, **siempre que aquél no pueda o no desee continuar realizando aportes para obtener la pensión.**(...)”.

exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".

ARTÍCULO 2º-Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

ARTÍCULO 4º-Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.
(...)

ARTÍCULO 5º-Mecanismo de control. Las entidades encargadas del reconocimiento de pensiones deberán certificar la condición de pensionado o no pensionado de sus afiliados, a la entidad que se los solicite para efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva regulada en el presente decreto.

ARTÍCULO 6º-Incompatibilidad. Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.

Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto".

De las normas transcritas, se extrae que: **i)** La indemnización sustitutiva de pensión de vejez es un mecanismo alternativo que ofrece el sistema general de pensiones, cuando la persona no alcanza los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por ende, su reconocimiento se constituye ante la imposibilidad de adquirir la condición de pensionado; y **ii)** la indemnización sustitutiva de pensión de vejez se otorga, cuando no existe derecho

pensional de vejez previamente reconocido a esa persona, dada la finalidad subsidiaria de aquella, de ahí la incompatibilidad que la norma prevé en estas prestaciones, la cual debe interpretarse “como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución”¹⁶.

Ahora bien, se ha entendido que la indemnización sustitutiva, en principio, sólo es aplicable a quienes estuvieron afiliados al Sistema General de Pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993 y cumplieron la edad pensional, sin alcanzar las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión. Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 14 de agosto de 2008¹⁷, ordenó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por cotizaciones realizadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, con los siguientes argumentos:

“(...) Con posterioridad, la Sala¹⁸ consideró que el legislador no había exigido como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del mismo, al encontrar que una regla en ese sentido sería violatoria de principios y derechos constitucionales fundamentales (igualdad, irrenunciabilidad de derechos ciertos e indiscutibles, favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, garantía a la seguridad social y asistencia a las personas de la tercera edad).

En efecto, se observa que ERNESTO TULIO RODRÍGUEZ CABAS prestó servicios laborales personales a la Nación - Ministerio de Minas entre el 10 de diciembre de 1958 y el 30 de noviembre de 1977, esto es, durante dieciocho (18) años, once (11) meses y veinte (20) días y según registro civil de nacimiento número 27237679, nació el 18 de marzo de 1939.

Hallándose vigente entonces el sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, cumplió los 60 años de edad sin que lograra completar el mínimo de semanas exigidas para alcanzar el status de pensionado, demostrando además su imposibilidad para continuar trabajando y como consecuencia

¹⁶ Sentencia T – 596 de 2016.

¹⁷ Expediente No. 7257-05. M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 26 de octubre de 2006, expediente 4109-04, M.P. Dr. Jaime Moreno García.

para seguir cotizando al sistema de prima media con prestación definida, pues para el año 2004 ya superaba los 65 años de edad. (Negrillas para resaltar)

En un caso similar al presente, en el que las cotizaciones se realizaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia T-385 de 25 de mayo de 2012¹⁹, tuteló los derechos fundamentales del actor y ordenó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva en los siguientes términos:

"En el presente caso, la entidad accionada negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solicitada por el señor García Luna, debido que ésta "fue creada para el servidor público por la Ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta indemnización a la peticionaria (sic) toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho éste que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solicitada".

5.5. La Sala encuentra acreditado, por un lado, que el accionante prestó sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil de forma discontinua entre 1950 y 1974 y aportó lo correspondiente a 3.806 días (fl. 11). Por otro, se demostró que para el 8 de julio de 2008, fecha en la que pidió la indemnización sustitutiva, contaba con 81 años (fl. 10 y 11).

Así las cosas, a partir de los presupuestos fácticos y las reglas jurisprudenciales anotadas, la Corte considera que la Resolución 11799 del 24 de marzo de 2009, proferida por Cajanal es manifiestamente contraria al derecho fundamental al debido proceso. Ello debido al defecto sustantivo por indebida interpretación en el que incurre al no aplicar el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 a la solicitud de prestación pensional presentada por el accionante, tal y como lo ha reconocido de forma reiterada esta Corporación y el Consejo de Estado.

De forma específica, la entidad accionada realizó una errada interpretación de la citada norma al considerar que la indemnización sustitutiva no era procedente para quienes no habían aportado después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social. Como se mencionó (apartado 3),

¹⁹ Al respecto, ver también sentencia T-850 de 2008 de la Corte Constitucional.

dicha prestación es la forma con la que cuenta el afiliado que cumplió con el requisito de edad pero no el de cotizaciones para obtener una compensación por los aportes al Sistema, sin importar la fecha en la que fueron efectuados.

Lo anterior, puesto que las normas que regulan la materia son de (i) orden público; (ii) el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 señalan que al momento de reconocer la referida prestación se deberán tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, incluidas las anteriores a la Ley 100 de 1993; (iii) este derecho es irrenunciable y como consecuencia imprescriptible; (iv) que no reconocerlo propiciaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad que ha recibido los aportes del afiliado; y que (v) el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.”. (Resaltado de Sala)

En aplicación de los anteriores lineamientos jurisprudenciales, se concluye, que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante haya cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, **antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones** y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando.

Por último, ha de señalarse que se ha previsto la figura de la “*indemnización sustitutiva*”, como un derecho de corte pensional, **imprescriptible e irrenunciable**, que permite, que aquellas personas que no cumplan con los requisitos para acceder a su pensión, reciban un emolumento económico, reflejado en los aportes que son o deben sufragarse al sistema pensional, para atender cualesquiera de las contingencias antes aludidas.

2.4. Caso concreto.

En el sub examine, se encuentra acreditado que el demandante, señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA le solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de

vejez el 26 de noviembre de 2014²⁰, fecha para la cual contaba con 76 años de edad, pues, nació el 2 de octubre de 1938²¹ en el Corregimiento de Barrio Norte, Distrito de Colón, providencia de Colón - Panamá.

Así mismo, se advierte que declaró que no recibe pensión alguna, así como la imposibilidad de seguir cotizando el 18 de noviembre de 2014²².

Igualmente, demostró haber laborado para el Instituto Colombiano Agropecuario "ICA", en el cargo de "Médico Veterinario", Grado 07, Dependencia: Distrito Sincelejo, Sede: San Onofre - Sucre, desde el 3 de julio de 1972 hasta el 8 de septiembre de 1984, para un lapso de 12 años, 2 meses y 5 días²³.

También se encuentra acreditado que el demandante realizó los aportes en pensiones a la extinta Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", cotizando un total de 4.386 días laborados, correspondientes a 626 semanas²⁴.

En atención a la solicitud del demandante del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional "UGPP", expidió la Resolución No. RDP 015495 del 21 de abril de 2015²⁵, por medio de la cual, negó el reconocimiento de tal prestación, en razón a que el Registro Civil de Nacimiento aportado no surtió el requisito de apostillaje y legalización por la oficina del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por lo cual, no podía surtir efecto alguno en este país para el reconocimiento de la referida indemnización sustitutiva.

²⁰ Conforme se lee en la Resolución No. RDP 015495 del 21 de abril de 2015. Ver expediente administrativo allegado por la demandada en medio magnético CD, folio 191, archivo adjunto No. 2701; y folios 53 – 57 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Ver expediente administrativo allegado por la demandada en medio magnético CD, folio 191, archivos adjuntos No. 130 y 131.

²² *Ibídem*, archivo adjunto No. 0901.

²³ *Ibídem*, archivos adjuntos No. 0501.

²⁴ *Ibídem*, archivos adjuntos No. 0401, y según Resolución No. RDP 015495 del 21 de abril de 2015.

²⁵ *Ibídem*, archivo adjunto No. 2701.

Refirió, que contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación, pero fue confirmada mediante las Resoluciones Nos. RDP 020050 del 21 de mayo de 2015²⁶ y RDP 027320 del 6 de julio de 2015²⁷, respectivamente.

En razón a lo anterior, se observa que el demandante presentó acción de tutela, la cual fue tramitada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, ente judicial que mediante fallo de fecha 3 de septiembre de 2015²⁸, tuteló como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, los derechos fundamentales del señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA. En consecuencia, suspendió los efectos de las aludidas resoluciones y le ordenó a la UGPP, que realizara los trámites administrativos y presupuestales a fin de reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario No. 173 de 2001.

Se precisó, que *"la orden dada en la sentencia permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado, para lo cual el afectado deberá ejercer dicha acción en el término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela, so pena de que cesen los efectos de éste"*.

El citado fallo fue impugnado por la UGPP, siendo confirmado por el Tribunal Superior de Sincelejo - Sala Penal, mediante sentencia de fecha 8 de octubre de 2015²⁹.

Que en virtud de lo anotado, la UGPP mediante Resolución No. RDP 038081 del 17 de septiembre de 2015, reconoció a su favor, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$8.722.512.00³⁰.

²⁶ Ibídem, archivo adjunto No. 2701.

²⁷ Ibídem, archivo adjunto No. 2701.

²⁸ Folios 117 y 124 de cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folio 127 de cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folios 130 - 135 de cuaderno de primera instancia.

El demandante solicita en sede judicial la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 015495 del 21 de abril de 2015, RDP 020050 del 21 de mayo de 2015 y RDP 027320 del 6 de julio de 2015; y a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la UGPP, a reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía superior a los veintitrés millones quinientos ochenta y seis mil seis pesos (\$23.586.006.00)

De igual forma solicita, que se ordene a la UGPP, realizar la corrección monetaria del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo a la fórmula matemática utilizada por el Consejo de Estado.

El A-quo, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a la UGPP, reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA, ordenado descontar los pagos que se hubieren efectuado en cumplimiento de la acción de tutela.

Por su parte, la UGPP recurre la anterior decisión argumentando que las normas que regulan el derecho reclamado, no se encontraban vigentes a la fecha de retiro del demandante (8 de septiembre de 1984). De acuerdo a lo establecido en el Decreto 1730 de 2001, el derecho reclamado por el demandante nace o se hace exigible sólo para quienes cotizaron en vigencia del actual sistema de pensiones, y que a pesar de ello, el tiempo total de semanas cotizadas no resultare suficiente para acceder a una pensión, hallándose además, en imposibilidad de continuar cotizando.

Pues bien, analizado el caso puesto a consideración, esta Sala es del concepto que la sentencia de primera instancia debe ser **confirmada**, en atención a las siguientes consideraciones:

Del acervo probatorio hallado en el expediente se advierte que el señor ROBERTO OLMEDO NEGRETE PEÑALBA, reúne los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como son (i) cumplimiento de la edad para adquirir la pensión de

vejez; (ii) no cumplir el número mínimo de semanas de cotización, exigido para tener derecho a la pensión de vejez y (iii) la declaración de la imposibilidad de seguir cotizando.

Y en cuanto a los argumentos de la entidad demandada en sede apelación, referentes a que no es posible reconocer la prestación deprecada por el demandante, como quiera que su retiro del servicio se dio el 8 de septiembre de 1984 y el derecho reclamado nace o se hace exigible sólo para quienes cotizaron en vigencia del actual Sistema General de Seguridad Social - Ley 100 de 1993; al respecto ha de indicarse que tal afirmación no es de recibo, en tanto, carece de asidero jurídico, y no es acorde con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, tal como quedó visto en el acápite que antecede.

De igual forma, se precisa que si bien el Decreto 1730 de 2001, en su artículo 1º disponía que había lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, **cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones** se presentara una de las situaciones allí previstas, lo cierto es, que la exigencia resaltada, fue declarada nula por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de sentencia de 14 de abril de 2005³¹, por las siguientes razones:

“(...) En efecto, el hecho de que haya limitado la norma reglamentaria la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez sólo al hecho de que con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se cumplan la totalidad de los requisitos enlistados en el precitado literal (edad, retiro del servicio y manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando al sistema) no permitiría que tal prestación se reconozca a los afiliados al sistema de prima media con prestación definida afiliados a una administradora de este régimen, que habiendo cumplido la edad bajo el régimen anterior se retiren del servicio bajo su vigencia, sin el número de

³¹ Consejo de Estado, sentencia de 14 de abril de 2005, actora: Sandra Viviana Rojas Ramírez, demandado: Gobierno Nacional, Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03), C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

semanas exigidas para tener derecho a la prestación y declaren su imposibilidad de seguir cotizando al sistema (...)

Es cierto que la opción de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez en la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 sólo existía para los afiliados al ISS; sin embargo la nueva figura creada en la ley 100 cobija tanto a dichos afiliados como a los de una administradora diferente al ISS, pues no sería razonable y violaría el derecho a la igualdad que los afiliados a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, diferentes a éste, por el hecho de serlo, no les sea permitido, si se dan las condiciones que la misma Ley establece en su artículo 37, acceder a la prestación, pretextando la falta de tal beneficio en el régimen anterior que los gobernaba (...)

Es un principio de derecho incuestionable que las leyes rigen hacia el futuro, por lo que una lectura ligera y desprevenida de la frase acusada de la norma reglamentaria daría como resultado una conformidad con las previsiones de la ley reglamentada, sin embargo, haciendo un estudio a fondo de la especificidad de categorías de afiliados y su derecho a escoger la norma más favorable, lleva a la Sala a ser cuidadosa en su examen, por lo que la limitación en cuanto al cumplimiento de la edad que trae la norma acusada, dejaría por fuera a algunos afiliados que no obstante pertenecer al sistema, pues a la entrada de la vigencia de la ley ingresaron a éste como afiliados forzosos, es decir cotizaron a dicho régimen bajo las previsiones de la ley y se dieron los supuestos que ellas contemplan, retiro del servicio e imposibilidad de seguir cotizando, quedarían privados de ese beneficio, cuando ello no fue el querer del legislador (...)"

Así entonces, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, fue modificado por el artículo 1º del Decreto 4640 de 19 de diciembre de 2005, indicándose que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva para los afiliados al Sistema General de Pensiones que estén en algunas de las situaciones allí previstas.

Posteriormente, tal como quedó reseñado en el acápite que antecede, el Consejo de Estado³², consideró procedente ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por cotizaciones realizadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

³² Cita 17.

En ese orden de ideas, se concluye que el demandante tiene derecho a que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social, le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, modificado a su vez por el artículo 1° del Decreto 4640 de 19 de diciembre de 2005, por haber cumplido los requisitos contenidos en la mentada ley, pese haber dejado de cotizar con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, tal como lo consideró el A-quo, desconocer tal prerrogativa conllevaría a una interpretación errada de la voluntad del legislador así como a la trasgresión de derechos fundamentales del demandante.

De otro lado, en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el A quo, se estima, que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad, las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada, debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el Juez considere; en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el Juez, no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

En consecuencia, se tendrá por no prosperó, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de ahí, que no hay lugar a revocar la decisión recurrida, en tal sentido.

3. Condena en costas - Segunda instancia. En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte

demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez a quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el Dr. EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE, conforme lo dicho.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 2 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0149/2019

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
(Con impedimento aceptado)

ANDRÉS MEDINA PINEDA