



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

### **SALA SEXTA DE DECISIÓN**

**M.P. Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

**MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**DEMANDANTE : MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ**  
**DEMANDADO : MUNICIPIO DE SUAZA**  
**DECISIÓN| : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 49**  
**RADICACIÓN : 41-001-33-33-004-2015-00068-01**

Aprobada Sala Virtual en Acta No. 18 de la fecha

### **A S U N T O**

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia del 18 de marzo del 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

#### **1. LA DEMANDA.** (fls. 1 a 3)

MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, en nombre propio y a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda la nulidad del oficio de 16 de julio de 2014, por medio del cual se negó la indemnización sustitutiva de la pensión.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión y /o la devolución de aportes según los soportes que adjunta con la demanda.

### 1.2. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que laboró para la entidad territorial demandada, la cual le realizó deducciones para pensión y en la actualidad no cuenta con las semanas cotizadas para acceder a pensión de vejez.
- Señala que tiene la edad para acceder a pensión, pero no tiene el tiempo requerido y que, mediante oficio de 16 de julio de 2014, la entidad demandante niega la solicitud formulada de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión y/o devolución de aportes.

### 1.3. **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

Considera que se han vulnerado los Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, pues para acceder al derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la entidad demandada se niega a ello sin justificación legal alguna.

## 2. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** (fls. 79 a 135 C. Ppal. 1)

El Municipio de Suaza se opone a las pretensiones y como fundamentos de derecho consigna que, mediante oficio radicado en el municipio el día 3 de julio de 2014, el actor solicita que se ordene el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión y/o devolución de los aportes al señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, indicando que, para la fecha de la petición, contaba con 66 años de edad, por lo que tenía la edad para el reconocimiento del derecho.

Que mediante oficio del 16 de julio de 2014, la administración municipal da respuesta manifestando que los soportes que reposan en el archivo, no son suficientes para acceder al reconocimiento de la

indemnización sustitutiva de la pensión y/o devolución de aportes del demandante, comunicación que fue notificada personalmente al interesado el 24 de julio de 2014, diligencia en la cual nace o se origina el derecho a interponer los recursos de Ley, instancia en la cual procedía solo el recurso de reposición, toda vez que el funcionario que se pronunció de fondo fue el Alcalde Municipal.

Que como el demandante no interpuso el recurso de reposición, no quedó agotada la vía gubernativa frente a la decisión adoptada por la administración como culminación del trámite administrativo de reconocimiento del derecho del señor MARCO ANTONIO RODRIGUEZ a disfrutar de su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, quedando en firme el acto administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del C.P.A.C.A.

Propone como excepciones las siguientes:

*-Indebido agotamiento del procedimiento administrativo:* Considera que el demandante en ningún momento agotó la vía gubernativa como era denominada en el Decreto 01 de 1984, normativa que establecía como facultativo la interposición del recurso de reposición, como requisito para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, procedimiento que hoy en día recibe el nombre de procedimiento administrativo.

Que la interposición de los recursos en la Ley 1437 de 2011 son de carácter obligatorio para agotar el procedimiento administrativo, convirtiéndolo como un requisito obligatorio para demandar las actuaciones administrativas ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De lo anterior deduce que el accionante no agotó el recurso de reposición contra la comunicación del alcalde, haciendo que las pretensiones de la parte actora no sean llamadas a prosperar.

*-Pago de lo no debido:* Anota que el Municipio de Suaza no está obligado a pagar las acreencias que se pretenden cobrar por esta vía, en la medida en que la comunicación del 16 de julio de 2014, en la cual se le dio respuesta de fondo se encuentra en firme por no interponer el recurso de reposición obligatorio como lo establece el artículo 61 de la Ley 1437 de 2011 (sic).

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 143-156 C. Ppal. 1)

Mediante sentencia del 18 de marzo de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva resolvió:

**“PRIMERO.- DECLARAR** no probada la excepción de mérito denominada cobro de lo no debido, deprecada por la entidad demandada.

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del oficio del 16 de julio de 2014, suscrito por el alcalde del municipio de Suaza, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO.- ORDENAR** al municipio de Suaza, que reconozca y pague a favor del señor **MARCO ANTONIO RODRIGUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.295.007 de Suaza Huila, la indemnización sustitutiva de la pensión, para el efecto deberá tener en cuenta el tiempo laborado por el señor RODRIGUEZ y la base salarial percibida en este período a cargo del ente territorial, el que se encuentra comprendido entre las siguientes fechas:

<b>CARGO</b>	<b>EXTREMOS LABORADOS</b>
<i>Guardián de la Cárcel</i>	<i>02 de septiembre de 1978 hasta 29 de septiembre de 1978.</i>
<i>Celador del Matadero</i>	<i>30 de septiembre de 1978 hasta 31 de diciembre de 1979.</i>
<i>Auxiliar de volqueta</i>	<i>01 de enero de 1980 hasta 31 de diciembre de 1984.</i>
<i>Auxiliar de oficios varios</i>	<i>01 de enero de 1985 hasta 30 de noviembre de 1986.</i>

<b>AÑO</b>	<b>TOTAL ASIGNACIÓN BÁSICA ANUAL</b>
<i>1979</i>	<i>\$11.500</i>
<i>1979</i>	<i>\$36.000</i>
<i>1980</i>	<i>\$50.400</i>
<i>1981</i>	<i>\$70.800</i>
<i>1982</i>	<i>\$102.000</i>
<i>1983</i>	<i>\$102.000</i>
<i>1984</i>	<i>\$153.600</i>
<i>1985</i>	<i>\$181.200</i>
<i>1986</i>	<i>\$198.000</i>

*Las anteriores sumas deberán ser actualizadas al valor monetario actual, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor.*

**CUARTO.- CONDENAR** en costas a la entidad demandada. Líquidense por secretaria. Absteniéndose de fijar agencias en derecho en esta instancia al no reunirse los requisitos establecidos en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016...”

Consideró el *a quo*, que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 determina la indemnización sustitutiva, el cual fue reglamentado por los Decretos 1730 de 2001 y 4640 de 2005, que instauraron como obligación para el reconocimiento de la prestación, que la persona estuviese afiliada al Sistema General de Pensiones con posterioridad a su entrada en vigencia.

Que el Consejo de Estado en sentencia del 11 de marzo de 2010, CP: Luis Rafael Vergara, declaró la nulidad de las expresiones “afiliados” y “afiliado” contenidos en el artículo 1 literal a) del Decreto 1730 de 2001 y en el artículo 1º literal a del Decreto 4640 de 2005 y determinó que exigir que la persona esté afiliada al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, vulneraba el derecho a la igualdad al desconocerse el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, por lo que aseveró que los beneficios consagrados en las normas de seguridad social no solamente beneficiaban a los afiliados del sistema, sino a toda la población.

Que el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 consagra que para la procedencia de la indemnización sustitutiva de la pensión, es necesario que del salario del trabajador se hayan efectuado los descuentos para efectos de la cotización al sistema pensional y en ese marco de comprensión, la normativa habilita a la persona a acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión, siempre que haya realizado cotizaciones durante el término laborado, exceptuándose solo el régimen jurídico aplicable a Ecopetrol, según lo determina la Ley 876 de 1998.

Precisa que, a la claridad interpretativa de la norma, la Corte Constitucional ha modulado su rigurosidad, al punto que ha equiparado el tiempo de servicios con las semanas o tiempo de cotización, otorgando en ciertos casos la indemnización sustitutiva de la pensión a personas que no habían aportado, condenado a las entidades no administradoras, que nunca descontaron o recibieron aportes de sus trabajadores.

Que posteriormente en la sentencia T-404 de 2015, nuevamente la Corte recoge la alternativa de acceder a la indemnización sustitutiva por el tiempo cotizado o el tiempo de servicio laborado y en la sentencia T -622 de 2017, determinó la obligación de los entes territoriales sobre los aportes

pensionales de aquellos trabajadores que no fueron afiliados a una caja o fondo de pensiones.

Que, de esta manera, en el caso concreto, según certificado expedido por la Secretaría de Hacienda del municipio de Suaza -Huila, en las dependencias no se hallan soportes que evidencien el pago de aportes al sistema de seguridad social a favor del demandante, así como no se encuentra la historia laboral de la administradora del fondo de pensiones.

De lo anterior deduce que en principio se pensaría que al actor no le asistiría derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión, puesto que durante el periodo laborado el municipio no le descontó aporte alguno por concepto de pensión, y que, por tanto, al no tener aportes no habría razón para que solicitara su devolución. Sin embargo, señala que siguiendo la hermenéutica de la Corte Constitucional, por considerarla más favorable, concluye que si tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión, en la proporción al tiempo de servicio prestado al Municipio de Suaza, y estando demostrado que nació el 22 de febrero de 1948, a la fecha de presentación de la demanda -13 de febrero de 2015- tenía 66 años de edad, cumpliendo el requisito relacionado con la edad de tener más de 62 años de edad y respecto a la imposibilidad de seguir cotizando, advierte que el actor cuenta con más de 70 años de edad y ha alcanzado la edad de retiro forzoso, aspecto que permite presumir, según ha sido sostenido por la Corte Constitucional, que le es imposible seguir laborando y por ende cotizando al sistema de pensiones.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN.** (fls. 160-166)

La entidad demandada interpone el recurso de apelación al considerar que el *a quo* no tuvo en cuenta que la solicitud del demandante no reunía los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993 y que solo se dedicó a solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión y/o devolución de aportes, sin aportar siquiera declaración sobre su imposibilidad de seguir cotizando, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 4640 de 2005.

Que, por lo anterior, el acto administrativo demandado no está viciado y por el contrario se expidió bajo los postulados que enuncia la



Ley 100 de 1993 para la causación del derecho y mal haría la administración municipal de Suaza, en reconocer y acceder a las pretensiones del demandante, sin el lleno de los requisitos legales.

Que el Decreto 4640 de 2005 fue declarado nulo, sin embargo, para la fecha de la solicitud del demandante continuaba vigente y contemplaba una exigencia de ser afiliado al sistema general de pensiones como requisito para reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión, lo cual no se cumplió por el señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ.

Agrega que el fallo desconoce el principio de congruencia, en la medida de que se sustentó bajo supuestos normativos que no fueron alegados en la demanda y frente a los cuales la entidad demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse en sede judicial, alterando las bases procesales que limitan el pronunciamiento de la instancia.

Concluye que la sentencia es errada y carece de todo sustento probatorio y normativo, teniendo en cuenta que lo procedente era tramitar solo las pretensiones invocadas por el demandante, es decir, la devolución de los aportes por el término que estuvo vinculado con el municipio de Suaza, que no se desconocieron derechos fundamentales del peticionario, en ningún caso procedía acceder al derecho invocado por no reunir los requisitos de Ley al momento de la reclamación del derecho y en últimas lo único procedente conforme a la pretensión invocada en el acápite “cuantía” sería la suma de \$8.247.931.00 correspondiente a las mesadas que se le deben reintegrar.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA**

### **5.1. DE LA DEMANDANTE (fl.13 c. 2 instancia)**

Solicita confirmar la sentencia, al estimar que las consideraciones expuestas corresponden a la realidad, el monto de la indemnización equivale a los pagos efectuados y reconocidos por parte del municipio de Suaza y en razón a que los artículos 34, 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, establecen la indemnización sustitutiva de la pensión como un derecho, en razón de que el demandante no cumple los requisitos establecidos por la

Ley o por un régimen especial para que se le reconozca una pensión de vejez.

Que el pago debe efectuarse de manera indexada como lo indica la providencia para que no se pierda el poder adquisitivo con estos valores.

**5.2. MUNICIPIO DE SUAZA** (fl. 16-19 c. 2 instancia)

Reitera los argumentos consignados en el recurso de apelación y solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, no se acceda a las pretensiones de la demanda, se declare la excepción de cobro de lo no debido y se exima de condena en costas a la parte demandada.

De manera subsidiaria solicita, que en caso de no revocarse íntegramente la sentencia, se revoque de manera parcial el monto calculado por el juez, en el cual ordenó al municipio de Suaza la indemnización sustitutiva pensional con sumas actualizadas al valor monetario actual, teniendo en cuenta que no procede tal exigencia a cargo de la entidad demandada, de conformidad con los supuestos fácticos y normativos expuestos a lo largo del proceso y se ordene únicamente la devolución de los aportes pensionales en favor del señor RODRIGUEZ.

**5.3. MINISTERIO PÚBLICO** (fl. 20 c 2 instancia)

No rindió concepto.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. PROBLEMA JURÍDICO.

Como el *a quo* accedió a las súplicas de la demanda, la Sala debe resolver *¿si procede confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del oficio de 16 de julio de 2014, proferido por el municipio de Suaza Huila, mediante el cual se negó reconocer y pagar al demandante MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?*

## 2. RÉGIMEN LEGAL DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA POR VEJEZ.

Previa a la unificación de los diferentes regímenes pensionales existentes en Colombia efectuada con la Ley 100 de 1993, mediante la consagración de un Sistema General de Pensiones, el reconocimiento y pago de las contingencias de vejez, invalidez y muerte estaban a cargo de diferentes entidades públicas, personas naturales o jurídicas del sector privado, las cuales reconocían las denominadas pensión de jubilación o patronales dependiendo de la naturaleza jurídica de quien fungía como responsable.

Dicha dispersión se vio ampliamente reflejada en el esquema pensional del sector público, puesto que cada entidad pública del nivel central y territorial contaba por lo general con su propia regulación y entidad pagadora. En ese sentido, las pensiones sufragadas por las entidades territoriales podían ser asumidas por la misma entidad (Gobernación o Alcaldía) o por una caja o fondo pensional del nivel territorial.

La pensión de vejez tiene por objeto garantizar a una persona que cumple con los criterios previstos por Ley, su retiro de la vida laboral sin que ello implique contingencias en la suspensión de sus ingresos o se afecte su calidad de vida y la de su familia, sin embargo, en aquellos eventos en que el afiliado no cumpla con los requisitos para acceder a la prestación mencionada, tiene derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 consagró la indemnización sustitutiva de la pensión, como una prestación a la que tiene derecho una persona afiliada al régimen de prima media con prestación definida, cuando se presenta una situación que impide consolidar el derecho a la pensión, en los siguientes términos:

*“Artículo 37.- 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 de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”*

En efecto, la indemnización sustitutiva está dirigida a compensar o restituir el capital aportado en los términos dispuestos por la Ley, o recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión.

La disposición transcrita fue reglamentada a través del Decreto 1730 de 2001<sup>1</sup> de la siguiente forma:

*“Artículo 1.- Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando [\*\*\*con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones<sup>2</sup>] se presente una de las siguientes situaciones:*

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

*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; Ver art. 39 Ley 100 de 1993*

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

**NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, sentencia del 24 de julio de 2017, Rad. No. 11001-03-25-000-2010-00279-00(2292-10).**

**Artículo 2.- Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que**

<sup>1</sup> “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida.”

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Expediente No. 2003- 00112-01 (0477-03). Sentencia 14 de abril de 2005. Magistrado Ponente: Ana Margarita Olaya. El texto en corchete [\*\*\*] fue declarado nulo por considerar que circunscribir el cumplimiento de la edad con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, impone una limitante que no establece la Ley.

*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.”*

Conforme a lo anterior, se previó que el reconocimiento de la indemnización en el régimen de prima media con prestación definida se daba en tres situaciones: i) como sustitutiva de la pensión de vejez o, ii) de la pensión de invalidez o, iii) de la pensión de sobrevivientes, de la Ley 100 de 1993 y, en el artículo 1º, exigió que los eventos antes mencionados deben ocurrir “con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones.”

La anterior exigencia, fue declarada nula por el Consejo de Estado a través de sentencia de 14 de abril de 2005<sup>3</sup>, 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 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 cubre 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. [...]*

<sup>3</sup> Sección Segunda. Expediente: 0477-03. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya.

*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. [...]*

La Corte Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, realizando las siguientes precisiones<sup>4</sup>:

*[...] en relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en sentencia T-850 de 2008, al indicar:*

*“El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa”.*

*Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 superior. [...]*

Conforme a las disposiciones anteriores, no se requiere como requisito para tener derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión, que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con el requisito de

---

<sup>4</sup> Sentencia T-849 A de 24 de noviembre de 2009.

la edad con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, pues como se anotó, la expresión antes subrayada del artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, fue declarada nula por el Consejo de Estado.

Corolario de lo anterior, la Ley 100 de 1993 cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva con el cómputo de las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, ya sea en el sector público o privado.

Como se estudió en precedencia, según lo regulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha 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.

Sobre el particular, el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005<sup>5</sup> preceptúa:

*“Artículo 1º. Modifícase el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 el cual quedará así:*

*“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando 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 exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando; [...]”.*  
(Subraya la Sala).

Acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales citados, la indemnización sustitutiva es procedente cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de

---

<sup>5</sup> Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.

semanas exigidas para acceder a pensión y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando, toda vez que dicha indemnización tiene como finalidad otorgar protección a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la Ley -edad, capital o tiempo- para adquirir el estatus de pensionado, a fin de que puedan acceder a la devolución de dineros aportados al sistema de seguridad social.

### 3. LO PROBADO

De las pruebas oportuna y legalmente aducidas en el proceso, se desprende lo siguiente:

- El señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ nació el 22 de febrero de 1948, a la fecha de esta sentencia tiene 72 años de edad. (fl. 7)
- Según certificación de salarios mes a mes para liquidar pensiones del régimen de prima media y certificado de información laboral con fecha de expedición 26 de diciembre de 2013, el señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, tuvo una vinculación laboral con el municipio de Suaza Huila por los siguientes periodos (fls. 9-14):

Periodos de vinculación laboral		Cargo
Desde	Hasta	
2-9-1978	29-9-1978	Guardian de la cárcel
30-7-1978	31-12-1979	Celador de matadero
1-1-1980	31-12-1984	Auxiliar de volqueta
1-1-1985	30-11-1986	Conductor de volqueta

- El Municipio de Suaza -Huila, mediante certificación suscrita el 3 de mayo de 2016, por la Secretaría de Gobierno Justicia y Administrativa señala que el señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ laboró para la entidad territorial en los mismos periodos del cuadro que antecede. (fl. 46)
- Mediante oficio del 16 de julio de 2014, el Municipio de Suaza Huila, en respuesta a solicitud radicada por el demandante el 3 de julio de 2014, negó la petición referente a que se le ordene el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión y/o devolución de los aportes, considerando la entidad territorial que los

soportes que reposan en el archivo del municipio no son suficientes para acceder a la petición. (fl. 6)

- El Municipio de Suaza, mediante certificación suscrita el 3 de mayo de 2016, por la Secretaría de Hacienda, refiere que no se encuentran soportes que evidencien el pago de aportes al sistema de seguridad social del señor MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, al igual que no se encuentra historia laboral de la administradora del fondo de pensiones. (fl. 47)

#### 4. CASO CONCRETO

Conforme a lo anterior, es claro que el objeto a resolver tiene relación con la pretensión del demandante MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ, de anular el oficio del 16 de julio de 2014, emitido por el Municipio de Suaza Huila, y definir si tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

La entidad territorial demandada y apelante considera que el actor no tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, porque no cumple los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, en el Decreto 4640 de 2005 y porque no informó su imposibilidad de seguir cotizando al sistema como lo exige la Ley.

De manera subsidiaria, solicita que en caso de no revocarse la sentencia, la condena se realice por el valor que establece la cuantía de la demanda, suma que considera es la que corresponde a la devolución de aportes.

Considera la Sala, que en el presente caso se encuentra acreditado con los documentos allegados y fue aceptado por la entidad territorial demandada, el vínculo laboral existente entre el Municipio de Suaza y el señor MARCO ANTONIO RODRIGUEZ por los periodos descritos con antelación.

También fue acreditado que el Municipio de Suaza no cumplió con el pago de los aportes a seguridad social correspondientes a pensión, puesto que los soportes de éstos no figuran en los archivos del mismo.

En este orden de ideas, acorde con los hechos probados y la normativa analizada, es claro que procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva pedida en la demanda, puesto que no se acreditaron los requisitos exigidos por la Ley para el otorgamiento de la pensión de vejez al demandante y conforme a la jurisprudencia que ha sido enfática al afirmar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, así como sus normas reglamentarias, sobre indemnización sustitutiva, solo exige que la persona haya alcanzado la edad de jubilación sin cumplir las semanas necesarias para acceder al derecho pensional, pues teniendo a la fecha el demandante 72 años de edad, supera ostensiblemente la edad de jubilación y al estar comprobada su vinculación laboral con el Municipio de Suaza, procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión.

Ahora, en punto de que el demandante no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social y que los aportes tenían que ser realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según el principio de favorabilidad de la Ley y la protección especial de que gozan las personas de la tercera edad de que tratan los artículos 46 y 53 de la Constitución Política, es claro que procede el reconocimiento solicitado, ya que como bien lo indica la Corte Constitucional, en estos casos debe darse prelación a tales derechos y no enmarcarse dentro de lo normado o previsto legalmente.

En efecto, en sentencia T-849A de 24 de noviembre de 2009<sup>6</sup>, afirmó lo siguiente:

*“(...) En relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar: “[E]l derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que, habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además, las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa”. (Negrillas fuera de texto)*

---

<sup>6</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 Superior. (...)*”.

Esta postura ha sido ratificada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, como en la sentencia T-164 de 13 de marzo de 2017, expediente T5865693, MP: Alejandro Linares Cantillo, el cual estableció lo siguiente:

*“59. De todo lo expuesto puede concluirse frente al derecho a la indemnización sustitutiva del servidor público que: (i) por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; (ii) distintas Salas de Revisión de esta Corporación han concluido, que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al ser de orden público, son de aplicación inmediata para todos los habitantes, incluso frente a situaciones en curso o no consolidadas a su entrada de vigencia; (iii) todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 Ibíd, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; (iv) cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, ésta mantiene la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y, (v) debe verificarse que el reclamante este en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez.”*

En efecto, corresponde a la entidad territorial demandada el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión, indistintamente si los periodos de cotización se efectuaban en vigencia o no de la Ley 100 de 1993 y si el demandante se encontraba o no afiliado a una caja o un fondo prestacional.

De igual forma, en armonía con las disposiciones de la jurisprudencia constitucional, exigir la manifestación de que el actor se encontraba en imposibilidad de realizar aportes, es una interpretación restrictiva que atenta contra los derechos fundamentales del demandante, generando un requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva en contravía del principio de favorabilidad pensional.

En punto de que lo procedente es la devolución de aportes como lo solicita de manera subsidiaria la entidad territorial demandada, es preciso señalar que en el régimen de prima media con prestación definida y conforme a lo expuesto, lo que procede es la indemnización sustitutiva de pensión.

Por último, en cuanto a que el juzgado de origen no respetó el principio de congruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto, encuentra la Sala que el *a quo* en la audiencia inicial fijó claramente el litigio y la entidad demandada no se opuso al mismo y en desarrollo del problema jurídico resolvió específicamente lo planteado, esto es, definió si el actor tenía derecho o no a la indemnización sustitutiva de la pensión y al encontrar que era viable tal pretensión, en la parte resolutive dispuso el restablecimiento del derecho acorde y consecuente con las pretensiones de la demanda, máxime que se trata de derechos labores que son de orden público e irrenunciables.

En resumen, se confirmará la sentencia de primera instancia, pues debe anularse el oficio del 16 de marzo de 2014 que niega la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del demandante, al establecerse que tiene derecho a dicha indemnización de manera indexada, la cual deberá ser reconocida, liquidada y pagada por la entidad demandada conforme a la fórmula y en la cuantía indicada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001<sup>7</sup>.

## 5. COSTAS

---

<sup>7</sup> **Artículo 3º. Cuantía de la indemnización.** Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:  $I = SBC \times SC \times PPC$

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. En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

En cuanto a las costas<sup>8</sup>, aspecto que fuera objeto de recurso de apelación, la Sala acoge lo expuesto por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, pues a la fecha no existe un criterio uniforme en este tema, en la medida que esta Sala de Decisión considera que debe existir una interpretación coherente, armoniosa y sistemática que consulte el interés público que se debate en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es la conducta procesal de las partes, y además, que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En recientes decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probados los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso.<sup>9</sup>

En el caso examinado, la Sala observa que el *a quo* al condenar en costas a la parte vencida del proceso no argumentó si se daban los supuestos antes indicados y como además, no hay evidencia de que la parte actora hubiere incurrido en gastos procesales que justifiquen su imposición, más allá de los que normalmente deben asumirse cuando se acude a la administración de justicia en busca de una solución al conflicto que se presenta con la administración pública, se revocará el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia apelada y no se condenará en costas en esta instancia, a pesar de confirmarse la sentencia, ya que no existe prueba de haberse causado gastos o expensas.

---

<sup>8</sup> Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160). Igualmente, en reciente decisión la Sección Segunda. Subsección A., al resolver una acción de tutela, amparó el derecho de acceso a la administración de justicia y dejó sin efectos esa condena en costas. **Sentencia del 23 de enero de 2020**. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04677-00(AC)



## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión Escritural, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** en los demás aspectos, la sentencia proferida el 18 de marzo de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva Huila, que accede a las pretensiones de la demanda, **excepto el numeral CUARTO**, el cual quedará así: “*Sin condena en costas en esta instancia*”.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

## NOTIFIQUESE

**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**

**Magistrado Ponente**

**GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA**

**Magistrado**

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada**