

## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



### JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SECCIÓN CUARTA-

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

<b>EXPEDIENTE No.</b>	<b>11001 33 35 020 2015 00213 00</b>
<b>DEMANDANTE :</b>	<b>LUIS JAIME MENDEZ MORALES</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>UGPP.</b>
<b>TEMA:</b>	<b>INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.</b>

#### MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

---

#### I. DESCRIPCIÓN

LUIS JAIME MENDEZ MORALES, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP.

#### II.-PRETENSIONES

En virtud del presente medio de control, el demandante solicita:

##### ***"DECLARACIONES Y CONDENAS***

**PRIMERA:** Que se declare la Nulidad total del Acto Administrativo Expreso en la Resolución N° RDP 053415 del 20 de Noviembre de 2013, expedido por la Doctora **LUZ MARINA PARADA BALEN** SUBDIRECTORA de DETERMINACION de DERECHOS PENSIONALES de la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP**, mediante el cual se resolvió NEGAR la solicitud de Indemnización Sustitutiva

**SEGUNDA:** Que se declare la Nulidad total del Acto Administrativo Expreso en la

DERECHOS PENSIONALES de la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP**, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición presentado el día 13 de Diciembre de 2013, NEGANDO la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de Vejez, de acuerdo a lo establecido en el **Artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente: "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.

**TERCERA:** Que se declare la Nulidad total del Acto Administrativo Expreso en la Resolución N° RDP 057448 del 19 de Diciembre de 2013, expedido por la Doctora **LUZ MARINA PARADA BALEN** SUBDIRECTORA de DETERMINACION de DERECHOS PENSIONALES de la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP**, mediante el cual se resolvió el recurso de Apelación presentado el día 13 de Diciembre de 2013, NEGANDO la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de Vejez de acuerdo a lo establecido en el Artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente: **"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.

**CUARTA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de Nulidad, solicito se le restablezca el derecho pensional de su Indemnización Sustitutiva al Señor **LUIS JAIME MENDEZ MORALES**, en el sentido de ordenar a la Entidad demandada a reconocer la Indemnización Sustitutiva de los tiempos cotizados con el empleador **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** entre el 27 de Octubre de 1982 y el 16 de Diciembre de 1993; de acuerdo a lo establecido en el Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente: **"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.

**QUINTO.** Condenar a la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP** a que sobre las sumas adeudadas a mi mandante se le paguen, conforme al índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del CP.A y C.A.

**SEXTO.** Que se condene en costas y agencias de derecho a la demandada de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

**SEPTIMO.** Que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, de conformidad con el inciso tercero del artículo 192 del CP.A y C.A.

### **III.-FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Como sustento de las pretensiones la accionante narra, entre otros, los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El demandante nació el 01 de octubre de 1953.
2. Laboró al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 27 de octubre de 1982 y hasta el 16 de diciembre de 1993.
3. El día 14 de noviembre de 2013 solicitó a la UGPP el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.
4. Mediante Resolución RDP 053415 del 20 de noviembre de 2013 la UGPP negó la indemnización solicitada argumentando que no se había allegado con la solicitud la certificación del fondo privado en que estuvo afiliado el Señor LUIS JAIME MENDEZ MORALES, que indique que los aportes realizados habían sido devueltos a CAJANAL.
5. El 13 de diciembre de 2013 el demandante interpuso los recursos de reposición y apelación contra la Resolución RDP 053415.
6. Mediante Resolución RDP 056774 del 16 de diciembre de 2013 la UGPP resolvió el precitado recurso de reposición, conformando su negativa a reconocer la indemnización solicitada.

7. Igualmente, el recurso de apelación fue resuelto mediante Resolución 057448 confirmando la negativa al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. De esta manera se agotó el procedimiento administrativo previo.
8. El día 26 de agosto de 2014 el demandante solicitó ante la Administradora de Fondos Pensionales PORVENIR la certificación de sus aportes para verificar si aparecían los realizados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar entre el 27 de octubre de 1982 y el 16 de diciembre de 1993.
9. PORVENIR contestó mediante comunicación 01000222055865000 indicando que el día 2 de abril de 2004 trasladó al Seguro Social – hoy COLPENSIONES- los saldos que se encontraban acreditados a favor de LUIS JAIME MENDEZ MORALES cuyo valor total era de \$48.577 pesos.

#### **IV.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El actor enuncia como violadas las siguientes normas:

1. Los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional.
2. En el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.
3. En los artículos 21, 36 Y 141 de la Ley 100 de 1993, y demás normas que le sean aplicables y concordantes.
4. Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
5. Artículo 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política y demás normas que le sean aplicables y concordantes.

#### **Como fundamento de la violación expresó:**

Que le asiste pleno derecho a que la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP le pague la **INDEMNIZACION**

empleador **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, comprendidos entre el 27 de Octubre de 1982 al 16 de Diciembre de 1993, y no es de recibo la aseveración contenida en la Resolución N° RDP 053415 del 20 de Noviembre de 2013, donde manifiesta que *"De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta que no se allegó certificación en la que se indicará por parte del fondo de pensiones al cual estuvo vinculado el solicitante en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad que los aportes para pensión realizados fueron devueltos a CAJANAL EICE en liquidación de acuerdo al Decreto 1642 de 1995 y dada la solicitud de Bono Pensional Tipo A, así como teniendo en cuenta la incompatibilidad de regímenes no es de recibo por esta entidad acceder a las pretensiones del interesado"*.

De acuerdo con lo anterior resulta pertinente manifestar que la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías - **PORVENIR S.A**, mediante comunicación 0100222055865000 informó que el día 2 de Abril de 2004, habían sido trasladados a COLPENSIONES los saldos que se encontraban acreditados a nombre del señor Luis Jaime Méndez Morales, por valor de \$48.577, y los rendimientos generados, información que a la luz de la normatividad no resulta relevante, toda vez que en el certificado de información laboral emitido el 21 de Marzo de 2013, emitido por el empleador ICBF y la Secretaria de Hacienda, quedó establecido que los aportes se efectuaron única y exclusivamente a **CAJANAL**, en los periodos del 27 de octubre de 1982 al 16 de Diciembre de 1993.

Adicionalmente a ello, la comunicación 0100222055865000 emitida por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías - **PORVENIR S.A**, anexo el detalle de los aportes trasladados, que hacían referencia al ciclo 1995/05, es decir a 30 días del mes de Mayo del año 1995.

La UGPP, no puede legalmente detener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de Vejez bajo un argumento inexistente, teniendo en cuenta que la afiliación al fondo privado, no reviste efectos de Bono pensional, porque no se está solicitando un reconocimiento de la pensión, sino la devolución de aportes y esto no se puede enmarcar como sustento jurídico para no acceder a reconocer un derecho prestacional, ya que los aportes efectuados

siempre se efectuaron a **CAJANAL**, tal y como se desprende de la certificación expedida por la entidad ICBF del día 21 de Marzo de 2013.

Adicionalmente la Subdirección de determinación de derechos pensionales de la UGPP no puede atentar contra un derecho cierto, ya que ante un derecho establecido en la Ley no es factible a la entidad administradora de pensiones detener el pago de sumas de dinero, porque esto conllevaría un enriquecimiento sin causa, que está en contravía de los postulados de buena fe y protección de los afiliados que depositan a través del tiempo sus aportes al Sistema de Seguridad Social, y al momento de solicitar la prestación no es posible que quede inerme y desprotegido ante la mala interpretación jurisprudencial, de este tipo de reconocimiento al cual se le debe dar rango constitucional, porque nos encontramos ante derechos pensionales inviolables y salvaguardados en la Constitución Política.

De acuerdo a lo anterior, la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia T-3762239 emitida en la tutela interpuesta por el señor Reinaldo Antonio Cuevas Velandia en contra de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación, Magistrado Ponente Doctor JORGE IVÁN PALACIO, efectuó un completo análisis sobre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, accediendo al reconocimiento del derecho.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro y evidente que la UGPP, es concedora ampliamente de la normatividad Jurisprudencial, en los casos de similares circunstancias a la de la presente demanda, por esto es necesario que se condene a la entidad demanda al reconocimiento de la indemnización de la pensión de vejez, siendo pertinente aclarar que en la actualidad el demandante cuenta con 61 años de edad, advirtiendo que si bien es cierto el señor **LUIS JAIME MENDEZ MORALES** cotizó al extinto **CAJANAL** un total de 11 años, 1 mes y 16 días, no alcanzando los 20 años de servicio para tener derecho a la pensión de Jubilación como empleado público, si existe el derecho a que reciba la indemnización sustitutiva de la pensión por el tiempo laborado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

## V.-TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada en el Centro de Servicios Administrativos para los Juzgados Civiles y de Familia de Bogotá, correspondiendo su reparto al Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 15 de enero de 2015.

En auto del 04 de febrero de 2015 el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. rechaza la demanda y ordena remitir el proceso a los Juzgados Administrativos de Bogotá – reparto - .

Mediante acta de reparto de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá del 10 de febrero de 2015 el presente proceso le correspondió al Juzgado Veinte Administrativo sección Segunda Oral de Bogotá, el cual mediante auto del 24 de abril de 2015 se abstiene de avocar conocimiento y requiere al apoderado de la parte actora para que se sirva adecuar el poder conforme al artículo 162 y siguientes del CPACA.

En auto del 26 de junio de 2015 el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá admite la presente demanda y dispone notificar personalmente al Director General de la UGPP, AL Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al ministerio público.

En auto del 17 de julio de 2015 el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad de Bogotá en cumplimiento a lo ordenado en los Acuerdos PSAA15-10335 de 29 de abril de 2015, artículo 21 y CSBTA15-413 del 21 de mayo de 2015 “por medio del cual se redistribuyen procesos en trámite de los Juzgados Administrativos de Sección Segunda a sus homólogos de Sección Cuarta en el Circuito Judicial de Bogotá”, dictados por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se envía el proceso al presente Despacho, esto es Juzgado 42 Administrativo Oral Sección Cuarta.

En auto del 20 de agosto de 2015 este Despacho avoca conocimiento y así mismo requiere al apoderado de la parte actora para que dé cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio de la demanda en lo referente a la consignación de los gastos

El 14 de septiembre de 2015 la secretaría de este Despacho realiza la notificación personal de la demanda a las partes y el 18 de septiembre del mismo año se realiza la notificación electrónica conforme al artículo 291 del C.G.P.

## **VI.-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - manifiesta que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP) que se encuentra contenido en la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes solidarios, excluyentes, pero que coexisten: el Régimen Solidario de Prima Média con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Artículo 12) uno de los cuales puede ser elegido a voluntad por el trabajador (dependiente o independiente) contratista o servidor público, para destinar las cotizaciones que le son obligatorias por su condición y que le permitirán atender las contingencias de la invalidez, vejez, o muerte.

Se puede observar que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización solicitada, siendo que se trata de una prestación alternativa a la pensión misma, pues en la medida en que se pueda acceder a la segunda, se perderá el derecho a reclamar la primera, lo que las hace excluyentes; no obstante lo anterior, se tiene que decir que esta figura no constituye una novedad presente en el SGSSP, sino que por el contrario, su consagración normativa es anterior, solo que restringida en su aplicación para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Así pues, en tiempos anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la ISPV se hallaba determinada inicialmente por el artículo 24 del Decreto 3041 de 1966, retomado posteriormente por los Acuerdos 224 de 1966, 016 de \ 1983, 029 de 1985 y finalmente el Acuerdo 049 de 1990 que en su artículo 14, prevé:

*Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada (25) semanas de cotización acreditadas. una*

De lo anterior se concluye que, la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez sólo era reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a sus afiliados, en atención a las cotizaciones que éstos hacían a esa entidad de previsión para la cobertura de los riesgos derivados de la vejez, invalidez y muerte.

## **5.1 AUDIENCIA INICIAL**

Mediante auto del 23 de mayo de 2016<sup>1</sup>, se fijó fecha para audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 del CPACA, la cual se celebró el día 07 de julio de 2016. En dicha diligencia, el Despacho, tal y como consta en la respectiva acta, declaró saneado el proceso, fijó el litigio, declaró fallida la conciliación, indicó que no habían medidas cautelares pendientes por resolver, señala que se tiene como pruebas las aportadas con la demanda y la contestación de la demanda y ordenó librar oficios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. Finalmente se fija fecha para llevar a cabo audiencia que trata el artículo 181 del CPACA.

## **5.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS**

El 10 de agosto de 2016 se celebró audiencia de pruebas, en la cual se resuelve que con el valor probatorio que la Ley le confiere, se tengan como pruebas los documentos aportados por el Ministerio de Defensa y Crédito Público, y se incorporaron los documentos allegados en la audiencia por parte de la apoderada de COLPENSIONES.

## **5.2 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En audiencia Celebrada el 10 de agosto de 2016 se ordena que permanezca el expediente en secretaría a disposición de las partes y del Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión. En dicha oportunidad las partes en síntesis expusieron los siguientes argumentos:

**Parte demandada: (250-253)** El apoderado de la parte accionada sostiene que las pretensiones de la demanda no deben prosperar y reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Hace referencia a que el demandante estuvo afiliado al fondo de ahorro individual y que posteriormente se trasladó al régimen de prima media con prestación definida, entonces se debe realizar un cálculo actuarial en el que se indique todo lo ahorrado por el peticionario y enviar dicho monto a la entidad encargada en el régimen de prima media con prestación definida, situación que en el presente proceso no aconteció.

**Parte demandante: (254-255)** El apoderado de la parte demandante hace referencia a la respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto a que si bien es cierto que al demandante se le efectuó el reconocimiento y pago de una Indemnización sustitutiva por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dicho pago obedeció **única y exclusivamente a los tiempos privados** cotizados con los Empleadores Sociedad Andina, Aerovías del Cesar, Codil Ltda y en calidad de cotizándose independiente: advirtiéndose entonces, que el pago efectuado en ningún momento incluyó los tiempos aquí reclamados objeto del presente litigio.

Conforme a lo anterior solicita al Despacho que acoja las pretensiones de la presente demanda.

## **VII.- CONSIDERACIONES**

Surtido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad de lo actuado, por lo que se profiere decisión de fondo sobre el asunto objeto de la litis.

### **1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.**

La entidad accionada propuso las excepciones que denominó "Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", "Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados", "imposibilidad del pago de intereses moratorios" y "prescripción".

Frente a las dos primeras excepciones propuestas, debe decir el Despacho que encierran verdaderamente argumentos de defensa, que deben ser resueltos con el fondo del asunto. Frente a similares argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Consejo de Estado ha dicho:

*"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."<sup>2</sup> (Subrayado fuera del texto original).*

*"En lo tocante a las tres excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"<sup>3</sup> (Subrayado fuera del texto original).*

Por último, frente al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, que sustenta la tercera excepción propuesta, encuentra el Despacho que se encuentra regulado en el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, que dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. Esta norma, en su artículo 102, previó:

*"1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*

En conclusión, la prescripción es una excepción mixta que sin duda afecta el derecho y la prosperidad de las pretensiones, sin embargo para que proceda su aplicación deben concurrir tanto el transcurso del tiempo, como la inactividad del titular del derecho. Conforme a lo anterior esta decisión sólo puede ser dilucidada una vez se determine que el derecho a la indemnización sustitutiva está en cabeza de quien lo reclama, evento en el cual será necesario igualmente determinar la naturaleza del derecho, para establecer si puede ser afectado por esta figura extintiva.

## **2.- PROBLEMA Y TESIS JURÍDICAS**

Debe determinar el Despacho si a la demandante le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que consagró el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a pesar de haber laborado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y ante su imposibilidad de seguir cotizando a partir de su vigencia. Deberá verificarse, igualmente, si opera para el caso la prescripción de la prestación reclamada.

La tesis de la parte demandante es que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta el periodo cotizado antes de la entrada en vigencia de la L. 100/93, en virtud del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. La tesis de la parte demandada, es que la demandante al haberse retirado del servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la L. 100/93, no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pues, ésta es una prestación propia del sistema de seguridad social consagrado en dicha norma, y sólo pueden acceder a ella quienes consoliden su derecho con posterioridad al 1º de abril de 1994.

La tesis del Despacho es que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es un verdadero derecho constitucional conexo, imprescriptible e irrenunciable que debe reconocerse a todos las personas del territorio siempre que cumplan las condiciones normativas de tiempo y cotización, sin importar si el vínculo laboral fue anterior a entrar a regir la ley 100 de 1993.

Para abordar el problema se estudiará: Normatividad, la indemnización sustitutiva como derecho, personas que cotizaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 100, prescripción y el caso concreto.

### 3.- ARGUMENTOS JURÍDICOS.

#### 3.1 Marco normativo.

##### Ley 100 de 1993.

**"ARTICULO. 10.- Objeto del sistema general de pensiones.** El sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

**ARTICULO. 11.- Campo de aplicación.** El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes (...)

**ARTICULO. 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".

El **Decreto 1730 de 2001**<sup>4</sup>, por medio del cual se reglamentaron 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 señala:

**"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

<sup>4</sup> Corte Constitucional en sentencia T-238/09, con ponencia de la Magistrado Doctora Cristina Pardo Schlesinger, interpretó el alcance del esta norma. "De las

*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;*

...

**ARTICULO 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.*

...

**ARTICULO 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.*

...

*La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información.*

..."

El precitado artículo fue modificado por el **Decreto Nacional 4640 de 2005**<sup>5</sup>, así:

**"Artículo 1º.**

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

**"Artículo 1º. Causación del derecho.** *Habrà 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;<sup>6</sup>..."*

<sup>5</sup> Publicado el 19 de diciembre de 2005

### 3.2 El derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

La Constitución Política, en su artículo 48, garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, comprendida como un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción, entre otros principios, al de universalidad, definido por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 como la "*garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.*". La Corte Constitucional ha señalado en numerosos pronunciamientos que el derecho a la seguridad social es un derecho constitucional fundamental, dada su íntima relación con los derechos a la vida (art. 11), al trabajo (art. 25) y a la salud (art. 49). (Sentencias C-134 y T-011, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-116 y T-356 M.P. Hernando Herrera Vergara, entre otras).

Así mismo, la Carta en su artículo 46 dispone que el Estado garantizará a las personas de la tercera edad los servicios de seguridad social integral; el artículo 47 impone al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y el artículo 53, al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, incluye la garantía a la seguridad social. Adicionalmente, en virtud del precepto del artículo 93, según el cual los convenios y pactos internacionales son fuente de interpretación de los derechos humanos, es posible aplicar la normatividad relativa a la seguridad social, contenida en tales ordenamientos.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, consagró la indemnización sustitutiva de pensión de vejez (Art. 10, 11 y 37). Con estas disposiciones el legislador creó el derecho a recibir, en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que por alguna razón, al cumplir la edad pensional no alcanzaron a completar el tiempo de servicio requerido para acceder a una pensión de jubilación pero que cotizaron a una entidad de previsión.

Para el reconocimiento de este derecho la Ley exige:

---

- (i) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez, sin haber cotizado el mínimo de semanas requerido antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y
- (ii) La declaración de la imposibilidad de seguir cotizando.

En síntesis, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es el beneficio pensional para aquellos que cumplen parcialmente con los requisitos para acceder en forma definitiva a una pensión de vejez y en tal sentido, es un verdadero derecho fundamental por conexidad toda vez que tiene una relación directa con la vida, integridad física, trabajo e igualdad, entre otros, pues a quienes se les garantiza están en una situación de debilidad por pertenecer a la tercera edad.

La Corte Constitucional en sentencia de T-180-2009, se pronunció con respecto a este derecho así:

*En este punto, conviene resaltar que conforme con la posición adoptada por esta Corporación, la finalidad de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, no es otra que la de "[p]ermidir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión y que (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima o (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas<sup>7</sup>, reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual la ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo.<sup>8</sup>*

De cara al asunto objeto de examen, conviene advertir que el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva "...se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "el derecho irrenunciable a la seguridad social"<sup>9</sup>

<sup>7</sup> El artículo 67 de la Ley 797 de 2003 prescribe al respecto: "Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, al ser hombres, o sesenta y siete (67) años de edad, al ser mujeres, no hayan alcanzado la pensión mínima de vejez, tendrán derecho a la indemnización sustitutiva de sus aportes." El artículo 67 de la Ley 797 de 2003 prescribe al respecto: "Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, al ser hombres, o sesenta y siete (67) años de edad, al ser mujeres, no hayan alcanzado la pensión mínima de vejez, tendrán derecho a la indemnización sustitutiva de sus aportes."

La Corte Constitucional en sentencia T-972 de 2006, estableció que el derecho a la indemnización sustitutiva es una prestación imprescriptible, que como derecho, el beneficiado (afiliado) tiene la libertad de la *"la posibilidad de aceptar esta prestación o de optar por la pensión de vejez, para lo cual deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización"*, derecho que puede ejercer en cualquier tiempo.

### **3.3.- El derecho de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100.**

La misma Corte Constitucional ya ha abordado este problema en varias oportunidades<sup>10</sup> y ha sostenido que con fundamento en el principio de universalidad que obliga a que el sistema de seguridad social se aplica a todas las personas en el territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Al respecto en sentencia T-180-09, ha considerado:

*"(i) El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, sin que se afecten los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores a dicha Ley.*

*(ii) El sistema de pensiones introducido por la ley 100 reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En efecto, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que "para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio".*

*En el mismo sentido, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, "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", establece que para determinar el monto de la indemnización sustitutiva a que haya lugar, deberán tenerse en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, "aún (sic) las anteriores a la Ley 100 de 1993."*

*(iii) Finalmente, el artículo 37 de la citada Ley, en que se consagra la figura de la indemnización sustitutiva, no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las*

*Así las cosas, 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 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 reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado."*

Sobre el amparo de dicho beneficio a los trabajadores pertenecientes al sector oficial que se retiraron del servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia de la Consejera Doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 477-03, expresó:

*"Tampoco fue el espíritu del legislador limitar la indemnización sustitutiva por vejez sólo a los afiliados a entidades administradoras del ISS, como lo interpreta el Ministerio de Hacienda y lo dice de manera conteste en la respuesta a la demanda, ya que ello limitaría la posibilidad, por ejemplo, de los servidores públicos afiliados a una entidad de previsión administradora de dicho régimen diferente al ISS que cumplan con los requisitos para tener derecho a ese beneficio, exclusión que de manera alguna fue la intención del legislador, habida cuenta que sobre tal exigencia ningún reparo hizo la citada ley 100.*

***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."*** Se resalta.

De otra parte, sobre la permanencia de los **ex servidores públicos** en el sistema de seguridad social integral a pesar de su retiro del servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la misma sección de la citada Corporación, en sentencia de 26 de octubre de 2006 con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García, dentro del expediente radicado con el No. 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04), consideró:

*"No obstante lo anterior, en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el*

**aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional**, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 *ibídem* -, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad – art. 46 -.

....

De esta manera es necesario precisar que una cosa es que la persona que contaba a su favor con más de 17 años de servicio y aportes tanto a salud como a pensión, estuviera desvinculada del servicio al momento de entrar en vigencia la ley 100 y otra, que por esta razón se considere por fuera del sistema pensional, cuando la propia ley no consagra el retiro del sistema como consecuencia de la desvinculación laboral. Por el contrario, **la persona que se encuentra en las referidas condiciones se entiende incorporada al sistema general de pensiones, entre otras razones, porque las cotizaciones efectuadas, no pueden entenderse por fuera del mismo sistema y no puede afirmarse que la desvinculación del servicio conlleve el retiro del sistema pensional.**

Es decir, **el ingreso al sistema general de pensiones** contenido en la Ley 100 de 1993 **operó de manera automática para todos los trabajadores y extrabajadores públicos** y privados, pues no debe olvidarse que la afiliación no es voluntaria **sino obligatoria.**

...

**Ahora bien, admitir la tesis de que la indemnización no se aplica a las personas que estaban por fuera del servicio, implicaría contradecir los mandatos previstos en el artículo 53 de la Carta y establecer un trato diferenciado, una discriminación, no razonable, ni equitativa, que no encuentra justificación alguna y que por el contrario, puede llegar a afectar derechos de quienes, como el demandante, se encuentran dentro del grupo de personas de la tercera edad, cobijadas por una protección constitucional especial (art. 46).**” Se resalta.

#### **4.- CASO CONCRETO.**

Se encuentra acreditado en el plenario:

##### **4.1 Sobre la edad y vinculación laboral del demandante**

Se evidencia que el actor nació el día 1 de octubre de 1953 (fl. 19,20).

Prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 27 de octubre de 1982 hasta el 16 de diciembre de 1983, conforme al “Certificado de Información laboral- Certificación de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones” que obra a folio 43 de las diligencias.

#### **4.2.-Sobre la incapacidad para seguir cotizando para pensión al sistema de seguridad social.**

A folio 151 obra CD en donde se encuentra declaración de imposibilidad para seguir cotizando en el sistema efectuada bajo juramento en la que declaró: "*Que en razón a mi avanzada edad, me encuentro IMPOSIBILITADO para continuar cotizando al Sistema General de Seguridad Social en PENSION*".

#### **4.3.-Sobre la entidad de previsión a la que se encontraba asegurada el actor.**

A folio 44 aparece certificado de información laboral que da cuenta de la afiliación de el actor a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal). Así mismo, que al empleado SI se le descontó para seguridad social.

#### **4.4.-De la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.**

Que dicha entidad de previsión mediante Resoluciones Nos. 053415 del 20 de noviembre de 2013, negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez elevada por la demandante el 14 de noviembre de 2013, 056774 del 16 de diciembre de 2013, que resuelve un recurso de reposición y 057448 que confirmó confirmó la resolución 053415 del 20 de noviembre de 2013 (fls. 23 a 33).

Corolario de lo anterior, el Despacho precisa:

- (i)** Que a la fecha en que la demandante cumplió 55 años de edad, el **01 de octubre de 2008**, como quedó expuesto, no reunía el tiempo requerido para pensión.
- (ii)** Que bajo la vigencia de la Ley 100/93 (abril 1º de 1994) al actor le fue imposible seguir cotizando, como lo manifestó ante la entidad accionada en la citada declaración juramentada, en cumplimiento de los requisitos del art. 37 íbidem.

Conforme al acervo probatorio se concluye que el actor reúne y acredita los presupuestos legales para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que al cumplir los 60 años de edad no contaba con el tiempo de servicio requerido para acceder al derecho pensional y se encuentra imposibilitado para seguir cotizando al sistema pensional, por su avanzada edad, tal como lo declaró oportunamente ante la entidad demandada.

En estas condiciones el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, puesto que tenía apenas 11 años de servicio, 1 mes y 19 días.

A propósito, debe recordarse que el derecho pensional surge de los aportes del empleado a las entidades de previsión durante un determinado tiempo, de manera que los referidos aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión, por ello, CAJANAL en Liquidación, como administradora a la que se hicieron los aportes o quien la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales (par. 2, art. 2 de Dcto. 1730 de 2001<sup>11</sup>), deberá asumir el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del actor y cancelarla de acuerdo con las semanas de cotización realizadas o que se debieron hacerse durante el tiempo que estuvo vinculado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de conformidad con las reglas que para el efecto contiene el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. En especial deberá atenderse a lo señalado en el artículo 4º del Decreto 1730 de 2001 que señala:

**"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.*

*A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”Se resalta.*

#### **4.5.-De la indemnización sustitutiva reconocida por COLPENSIONES**

Se observa a folio 243 del expediente, que la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES-, a través de la Resolución GNR 245075 del 2 de octubre de 2013, concedió indemnización sustitutiva al aquí demandante en cuantía única de \$ \$1.317.013 pesos. Cabe resaltar que esta indemnización fue concedida por 101 emanas cotizadas como aparece a folio 243 del expediente.

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DÍAS
SOC. ANDINA G. ALMACENES S. A.	1977/06/21	1978/01/13	TIEMPO SERVICIO	207
AEROVÍAS DEL CESAR LTDA.	1980/09/01	1981/06/10	TIEMPO SERVICIO	283 DÍAS
CODIL LTDA.	1982/03/15	1982/07/31	TIEMPO SERVICIO	139 DÍAS
MENDEZ MORALES LUIS JAIME	1994/08/09	1994/09/30	TIEMPO SERVICIO	53 DÍAS
MENDEZ MORALES	1999/05/01	1999/05/31	TIEMPO SERVICIO	30 DÍAS

Conforme a lo anterior, para este reconocimiento solo se tuvo en cuenta el tiempo laborado para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cotizado a CAJANAL, por tal razón, si llegara a tener derecho el demandante a una indemnización sustitutiva, es procedente respecto a los aportes que realizó ante CAJANAL

cuales no fueron incluidos ni tenidos en cuenta en la indemnización sustitutiva reconocida por COLPENSIONES a través de la Resolución antes mencionada.

#### **4.6.-De la prescripción.**

Acerca de la prescripción respecto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la Corte Constitucional ha señalado en sentencia T-972 de 2006 que el derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es **imprescriptible**, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo, por cuanto comporta la posibilidad de **(i)** aceptar esta prestación o **(ii)** de optar por la pensión de vejez, para lo cual el afiliado deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización. Dijo la Corte que ésta sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se dijo, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En consecuencia, si, como en el caso concreto, el afiliado cumple con la edad para acceder a la pensión, pero que no cuenta con el tiempo de cotización mínimo requerido, decide seguir cotizando para completar los requisitos necesarios para el acceso a la pensión de vejez, no existe referencia temporal a partir de la cual se pueda contar el término de prescripción porque ningún derecho se ha consolidado a su favor<sup>12</sup>. Así, la indemnización sustitutiva, dada su naturaleza de derecho pensional, es imprescriptible y puede ser solicitada en cualquier tiempo por aquellas personas que, habiendo cumplido la edad para pensionarse, no logren acreditar cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez.

#### **4.7.-Del cargo de violación de la Ley.**

La apoderada de la demandante sostiene que la UGPP violó normas de carácter constitucional y legal, pues desconoció el derecho que cobija a la accionante, el

<sup>12</sup> Corte Constitucional sentencia T-746-04. "En materia de reconocimiento de derechos pensionales, la Corte ha precisado que "es un derecho imprescriptible, en

cual ya ha sido objeto de múltiples pronunciamientos amparando el derecho; sin embargo, no formuló expresamente la causal de anulación del acto acusado.

Para el Despacho es claro que la negativa al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no sólo vulnera los derechos fundamentales del beneficiario, sino que va en directa contravía con la legalidad que deben desplegar las entidades del Estado, en tanto **no realizar la devolución de los aportes se constituye en un posible enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad**, afirmación que tiene sustentación en pronunciamientos jurisprudenciales, así:

*"En cuarto lugar, desconocer el derecho que les asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 a acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un "enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes". Así lo estableció el Consejo de Estado en la Sentencia de la Sección Segunda - Subsección A, número, 4109-04 del 26 de octubre de 2006, puesto que como allí se explicó<sup>13</sup>, a pesar de que el afiliado hubiese llevado a cabo un número determinado de cotizaciones por un tiempo determinado "no tendría derecho a recibir la devolución de dichos saldos, aportes que en el sistema de seguridad social en pensiones constituyen el sustento económico de los afiliados una vez tiene ocurrencia la contingencia de la vejez".<sup>14</sup>*

Como se advierte el fundamento de la casual de violación de la ley alegada en la demanda referente a la interpretación errónea hace parte de la violación de la Ley por error de derecho, evento que se produce cuando la administración pese a tomar la regla como fundamento de su decisión le da un alcance diferente al que se desprende racionalmente de su texto.<sup>15</sup> Conforme a lo anterior, prospera el cargo de violación de la ley.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, Expediente 4109-04 "(...) en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 ibídem-, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e

#### 4.8.-Conclusión.

Bajo estas consideraciones, el Despacho declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 053415 del 20 de noviembre de 2013, que negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez deprecada, la 056774 del 16 de diciembre de 2013, que resuelve el recurso de reposición y la 057448 del 19 de diciembre de 2013 que confirma la 056415 del 20 de noviembre de 2013.

En consecuencia, se ordenará a la accionada que reconozca y pague a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. En especial deberá atenderse a lo señalado en el artículo 4º del Decreto 1730 de 2001. La liquidación se hará con base en el último salario percibido por el actor el cual deberá **actualizarse año por año** como señala el artículo 4º del Decreto 1730 de 2001.

Así mismo, las sumas a cancelar por la entidad demandada se actualizarán utilizando la fórmula adoptada de tiempo atrás por el Consejo de Estado, según la cual el valor presente (Vp) se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de indemnización sustitutiva desde que hizo la solicitud de reconocimiento y pago de 14 de noviembre de 2013 hasta la ejecutoria de la presente sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

#### 5.-RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.

Como se observa a través del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 el legislador creó el derecho a recibir, en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que por alguna razón, al cumplir la edad pensional no alcanzaron a completar el tiempo de servicio requerido para acceder a una pensión de jubilación pero que cotizaron a una entidad de previsión y para tal reconocimiento la Ley exige (i) el cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez, sin haber cotizado el mínimo

indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio es viable que se reconozca a el actor la mencionada prestación, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 ibídem -, así como la situación más favorable al trabajador y del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad y de las próximas a estarlo (como en el presente caso).

La idea de la entidad demanda de que no es posible reconocer al indemnización sustitutiva pensional de vejez no sólo vulnera los derechos fundamentales del beneficiario, sino que va en directa contravía con la legalidad que deben desplegar las entidades del Estado, en tanto **no realizar la devolución de los aportes se constituye en un posible enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad.**

### **5.1.-De las costas.**

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a quien resultó vencido al no observar temeridad de su parte.

### **6. DECISIÓN.**

El Despacho declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 056415 del 20 de noviembre de 2013, que negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez deprecada, la 056774 del 16 de diciembre de 2013, que resuelve el recurso de reposición y la 057448 del 19 de diciembre de 2013 que confirma la 056415 del 20 de noviembre de 2013.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Dos Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**Primero.-DECLÁRASE** no próspera la excepción de "**prescripción**".

**Segundo.-DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución 053415 del 20 de noviembre de 2013, que negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez del demandante LUIS JAIME MENDEZ MORALES identificado con c.c. No. 19.231.741, de la Resolución 056774 del 16 de diciembre de 2013, que resuelve el recurso de reposición y de la Resolución 057448 del 19 de diciembre de 2013 que confirma la 056415 del 20 de noviembre de 2013, conforme lo expuesto.

**Tercero. A título de restablecimiento del derecho,** la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP - , reconocerá a LUIS JAIME MENDEZ MORALES, ya identificado, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. En especial deberá atenderse a lo señalado en el art. 2 ° (párrafo 2 °) y 4º del Decreto 1730 de 2001. La liquidación se hará con base en el último salario percibido por el actor el cual deberá **actualizarse año por año** como señala el artículo 4º del Decreto 1730 de 2001.

**Cuarto.-** Las sumas que se ordena reconocer, serán actualizadas en los términos del artículo 187 del C. P. A. C. A. y conforme se explicó en la parte motiva, desde que se hizo la solicitud de reconocimiento y pago, es decir desde el 14 de noviembre de 2013, por cuanto se constató que no operó el fenómeno de la prescripción y, hasta la ejecutoria de la presente sentencia dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{c} \text{Índice Final} \\ \mathbf{V = Vh} \times \text{-----} \\ \text{Índice Inicial} \end{array}$$

**Quinto.-** la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C. P. A. C. A.

**Séptimo.-** En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO**

**Juez**