



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

23 Octubre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-430-00
Demandante: Orfa Rivera Amezquita
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG
Tema: indemnización sustitutiva

Sentencia N._120

Procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de la Resolución 9384 del 12 de septiembre de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fomag, mediante la cual niega el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva.
2. A título de restablecimiento, se ordene reconocer y pagar al demandante la indemnización sustantiva solicitada debidamente indexada, aplicando el IPC desde el momento del reconocimiento de la indemnización hasta que se haga efectivo el pago.
3. Se condene en costas a las accionadas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

Tesis de la demandante El demandante tiene derecho a una indemnización sustitutiva dado que cumple con los requisitos legales para su procedencia. Señala que es compatible la indemnización sustitutiva con la pensión de vejez reconocida por el ISS, pues no se trata en este caso de dos asignaciones provenientes del tesoro público

Tesis del demandado. La demandante se encuentra pensionada por vejez por parte de colpensiones, no siendo compatible la indemnización sustitutiva con la pensión de vejez reconocida razón por la que se ha negado la solicitud ordenando el traslado de tales aportes a colpensiones conforme con el artículo 6 del decreto 1730 de 2001

Problema jurídico en el caso planteado es necesario establecer si existe o no incompatibilidad entre el reconocimiento pensional otorgado por Colpensiones y la indemnización sustitutiva reclamada ante la secretaria de educación en los términos del artículo 6 del decreto 1730 de 2001

Hechos probados

- El acto demandado
- La resolución 125474 del ISS en donde se reconoce una pensión de vejez a partir del 2 de agosto de 2010
- Certificados salariales de los años 2004-2010

Régimen legal de la indemnización sustitutiva por vejez

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 la suspensión de sus ingresos ni afecte su calidad de vida y la de su familia. *nm*

No obstante, en aquellos eventos en que el afiliado no cumpla con los requisitos para acceder a la prestación en mención, tiene derecho a una indemnización sustitutiva para cubrir dicha contingencia¹.

En efecto, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993² 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, de la siguiente forma:

«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.»

De acuerdo a la norma en cita, 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 periodo laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión³.

La disposición transcrita fue reglamentada a través del Decreto 1730 de 2001⁴ en los siguientes términos:

«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 Pensiones⁵] 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 haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

¹ Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2017. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00089-00(AC).

² Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

³ Sentencia T-853 de 28 de octubre de 2010, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto

⁴ «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.»

⁵ 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.

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 observa que esta norma previó que el reconocimiento de la indemnización en el régimen de prima media con prestación definida puede originarse 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 1.º, exigió que los eventos antes mencionados deben ocurrir «con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones.»

Sin embargo, dicha exigencia, fue declarada nula por el Consejo de Estado a través de sentencia de 14 de abril de 2005⁶, 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.

[...]

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. [...]»

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional⁷ al precisar:

“«[...] 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

⁶ Sección Segunda. Expediente: 0477-03 Consejera ponente: Ana Margarita Olaya.

⁷ sentencia T-849 A de 24 de noviembre de 2009.

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. [...]»

De acuerdo con las disposiciones anteriores y el precedente transcrito, 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 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.

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 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.

Caso concreto:

En efecto, como se estudió en precedencia, acorde con lo regulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1.º 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.

En el mismo sentido, el artículo 1.º del Decreto 4640 de 2005⁸ preceptuó:

«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, [...]».

Aunado a lo anterior, el artículo 6 del precitado Decreto 1730 de 2001 previó:

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

Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.» (Resaltado fuera de texto).

⁸ Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.

Por ende, acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales citados anteriormente, es claro que la indemnización sustitutiva es procedente cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de 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.

Se encuentra demostrado que el demandante es beneficiaria de una pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES desde el 2 de agosto de 2010, luego si ley prevé el reconocimiento de la indemnización sustitutiva siempre y cuando no se acrediten los requisitos exigidos para el otorgamiento de la pensión de vejez, al ser el demandante beneficiario de dicha prestación, no es procedente el reconocimiento la indemnización peticionada.

Tampoco es procedente su reembolso si el tiempo durante el cual aportó no fue tenido en cuenta para el reconocimiento pensional, toda vez que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, tiene como finalidad proteger a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley, es decir, edad, capital o tiempo, para adquirir el estatus de pensionado, luego es procedente indistitamente del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos por ley.

Como quiera que los aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión es improcedente la indemnización sustitutiva, así dichos aportes, no hayan sido tenidos en cuenta como base para la liquidación de la pensión y, no existe enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad demandada al omitir la devolución de los aportes aquí reclamados, en virtud del principio de solidaridad así como con el de eficiencia del sistema de seguridad social.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En este caso, no se condenará en costas a la demandada teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia el valor de las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria o de mala fe

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C., Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- negar las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por las razones expuestas.

TERCERO Una vez en firme esta providencia y, ARCHIVAR las diligencias dejando las constancias del caso en el Sistema Justicia XXI.

CUARTO.- Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 y 192 del CPACA.


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

MAC