

## **PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / VIGENCIA DE LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**

La legislación anterior a la Ley 100 de 1993 tenía previsto una prestación excepcional –la pensión de retiro por vejez–, en aquellos casos en los cuales el trabajador avanzaba a la edad de retiro forzoso y, por ello, le era imposible continuar cotizando con fines pensionales. Así pues, la pensión de vejez excepcional tiene por objeto garantizar el mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso. [...] Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 546 de 1971, contentivo del régimen especial de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, previó para los referidos servidores una pensión de vejez a quienes llegaren a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en las citadas entidades. [...] Conviene precisar que la edad de retiro forzoso es una causal de retiro del servicio prevista en la ley. En el caso de la Rama Judicial, el artículo 5º del Decreto 546 de 1971 estableció los 65 años como la edad de retiro forzoso de los funcionarios y empleados a que se refiere el Decreto. [...] [L]a Ley 1821 de 2016 por medio de la cual se modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas (...) la aumentó a 70 años de edad. Ahora bien, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia «la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados». Frente a la vigencia de la pensión de retiro por vejez [...] la Corte Constitucional en las sentencias T-174 de 2012 y T-080 de 2013, compartió la posición expuesta por el Consejo de Estado respecto de la vigencia de la pensión de retiro por vejez para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que cumplan los requisitos legales para acceder a esta prestación.

## **PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993**

[L]a Ley 100 de 1993 prevé que las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y no tengan la posibilidad de continuar cotizando, podrán acceder a una indemnización sustitutiva. [...] [D]e acuerdo con lo dispuesto 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 vigor del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. [...] Así las cosas, conforme se analizó en precedencia, la pensión de retiro por vejez fue creada con el fin de proteger al servidor que se desvinculó del empleo por el solo hecho de haber llegado a la edad de retiro forzoso y sin el tiempo de servicio requerido para la pensión de jubilación o vejez, circunstancia que no se presentó en el *sub-lite*, pues es claro que el demandante laboró hasta el 15 de julio de 1982 y solo cumplió los 65 años de edad el 28 de julio de 2004, es decir, después de 22 años, lapso en el cual no existía impedimento legal para continuar efectuando las cotizaciones con destino a pensión. [...] [P]or lo tanto, no

tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión que reclama cuando fue desvinculado de la Rama Judicial. Reitera la Sala que la intención del legislador con la mencionada prestación, fue la de proteger a aquellos servidores que por tener la edad de retiro forzoso no podían continuar prestando sus servicios y no cumplían los requisitos para acceder a la pensión ordinaria de vejez o jubilación, en este caso, las cotizaciones mínimas. [...] Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto se demostró que el demandante no tiene derecho a la pensión de retiro por vejez por cuanto no llegó a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial como lo exigía la norma y en tal sentido, no había adquirido ninguna expectativa de pensión. [...] [L]a Sala advierte que en este caso se dan los presupuestos para entrar a proferir una medida de protección judicial contemplada en el ordenamiento jurídico superior como lo es la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta que el demandante es una persona de la tercera edad, pues a la fecha, tiene 81 años de edad, que por tanto, es sujeto de especial protección constitucional. [...] [L]a 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 normativa 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. Lo anterior, por cuanto el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, previó que son válidas y deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social para efectos de liquidar las prestaciones contempladas en esa normativa. En efecto, 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. [...] Aunque el señor (...) no cumplió los requisitos para ser acreedor a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10 del decreto 546 de 1971, quedó demostrado que sí tiene derecho a la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que cumplió la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a dicha prestación y se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando en razón de su avanzada edad. [...]

### **LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / PRESCRIPCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA**

Conforme lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia impugnada y, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, únicamente en cuanto no reconocieron la indemnización sustitutiva como medida de protección contemplada en el ordenamiento jurídico, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UGPP, reconocer y pagar a favor del señor (...) la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y, para su liquidación, se tendrá en cuenta el salario promedio (actualizado) devengado por el demandante entre los años 1968 a 1982, el número de semanas cotizadas en este período, y el promedio ponderado de los porcentajes cotizados para efectos pensionales. [...] En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha precisado que la prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva. [...] [S]e debe entender que la reclamación de la indemnización sustitutiva, también ostenta un carácter irrenunciable e imprescriptible,

precisamente porque está dirigida a aliviar o disminuir las especiales condiciones de vulnerabilidad de aquellas personas que realizaron aportes para pensión, pero que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a ella, quienes se encuentran en una situación de indefensión mayor, que aquellos que lo lograron.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 37 / DECRETO LEY 546 DE 1971 – ARTÍCULO 5 / DECRETO LEY 546 DE 1971 – ARTÍCULO 10 / LEY 1821 DE 2016 / DECRETO 1730 DE 2001 – ARTÍCULO 1

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 25000-23-42-000-2015-02149-01(2544-17)**

**Actor: JULIO ENRIQUE BARRIGA GARZÓN**

**Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.**

**Referencia: PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ DECRETO 546 DE 1971. NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.**

## **ASUNTO**

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia de 10 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”<sup>1</sup>, que accedió las súplicas de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA**

---

<sup>1</sup> Con ponencia del magistrado Cerveleón Padilla Linares.

El señor JULIO ENRIQUE BARRIGA GARZÓN actuando por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que establece el artículo 138 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCAES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, en procura de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes declaraciones y condenas:

### **1.1. Pretensiones<sup>2</sup>**

Se declare la nulidad de las Resoluciones i) **RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014**, por medio de la cual se denegó el reconocimiento de una pensión de retiro por vejez, con base en los artículos 2 de la Ley 71 de 1988 y 29 del Decreto 3135 de 1968;3 ii) **RDP 009835 del 13 de marzo de 2015**, por la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014;4 y iii) **RDP 010250 del 16 de marzo de 2015**, a través de la cual se decidió un recurso de apelación formulado en contra de la Resolución RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) reconocer y pagar una pensión de retiro por vejez, a partir del 28 de julio de 2004, de conformidad con los artículos 2 de la Ley 71 de 1988, 29 del Decreto 3135 de 1968 y 81 a 83 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con el Decreto 546 de 1971; ii) indexar el ingreso base de liquidación desde el 15 de julio de 1982 hasta el 28 de julio de 2004, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor (IPC); iii) pagar las mesadas pensionales dejadas de cancelar; iv) realizar los ajustes de ley; v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA; y vi) condenar en costas y perjuicios a la entidad demandada.

### **1.2. Fundamentos fácticos**

El demandante, a través de apoderado, señaló como fundamentos fácticos relevantes los siguientes:

---

<sup>2</sup> Fls.94-99.

<sup>3</sup> Folios 18 y 19.

<sup>4</sup> Folios 30 y 31.

(i). El señor Julio Enrique Barriga Garzón nació el 28 de julio de 1939 y cumplió 65 años de edad el 28 de julio de 2004.

(ii). Desde el 1.º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, el señor Barriga Garzón laboró en la Rama Judicial, de manera continua e ininterrumpida, con lo cual reunió 13 años, 11 meses y 15 días de servicio.

(iii). El accionante afirma, bajo la gravedad de juramento, que no le fue posible «vender su fuerza laboral» desde el momento en que se desvinculó de la Rama Judicial, por lo que no pudo acceder a una pensión de jubilación ni continuar cotizando para tales efectos.

(iv). Por medio de las resoluciones acusadas, la UGPP decidió no reconocer una pensión a favor del demandante.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Como **normas vulneradas** citó los artículos 1, 2, 3, 13, 29, 53, 58, 83, 87, 90, 209, 228, 229 y 230 de la Constitución Política; 29 del Decreto 3135 de 1968; 81 a 83 del Decreto 1848 de 1969 y 2 de la Ley 71 de 1988; y el Decreto 546 de 1971.

En el **concepto de violación** explicó que, por medio de los actos administrativos acusados, la UGPP denegó el reconocimiento de una pensión a favor del señor Julio Enrique Barriga Garzón, teniendo en consideración que este no se encontraba en edad de retiro forzoso cuando se desvinculó del servicio y, cuando la cumplió, ya no laboraba en la Rama Judicial.

Con lo anterior, la entidad accionada desconoció normas supraleales que tienden a la protección de las personas de la tercera edad y ordenan la aplicación de los principios de equidad, favorabilidad e irrenunciabilidad de las «prestaciones sociales».

Adicionalmente, la UGPP no tuvo en cuenta la jurisprudencia sobre la aplicación del Decreto 546 de 1971 a los trabajadores de la Rama Judicial, particularmente en lo que se refiere a la pensión de retiro por vejez equivalente al 25 % del último sueldo devengado, más un 2 % por cada año de servicio.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>5</sup>

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCAES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP por intermedio de apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, que preveía la denominada pensión de retiro por vejez, quedó derogado de manera tácita, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, señaló que por Oficio 2-03793 del 1.º de febrero de 1999, el director de la Unidad de Estudios y Conceptos de la Alcaldía Mayor<sup>6</sup>, conceptuó que la Ley 100 de 1993 reguló integralmente el régimen pensional de los servidores públicos, con lo cual derogó las normas que imperaban con anterioridad, entre ellas las del Decreto 3135 de 1968 que regulaban la pensión de retiro por vejez.

Agregó que, en el citado concepto se indicó que, como medida de protección de las personas de la tercera edad, el **artículo 37 de la Ley 100 de 1993 previó la indemnización sustitutiva** para quienes lleguen a la edad de pensión y no reúnan el número de semanas necesarias para acceder al derecho pensional.

Finalmente, la UGPP formuló las excepciones de «improcedencia reconocimiento (sic) pensional» y «prescripción».

## 3. AUDIENCIA INICIAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, que se llevó a cabo el 17 de junio de 2016<sup>7</sup>, advirtió que (i) no existían irregularidades o vicios y, por tanto, declaró saneado el proceso; (ii) frente a las excepciones señaló que no existía ninguna para resolver en ese momento; y (iii) fijó el litigio consistente en:

«Conforme a lo anterior, el litigio se contrae a determinar, teniendo en cuenta los hechos que aparezcan probados en el proceso y la normatividad aplicable, si para el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, el Despacho debe ceñirse a lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968 o si por el contrario, el régimen aplicable es el general de

---

<sup>5</sup> Folios 79-84.

<sup>6</sup> No se precisó a qué entidad territorial se hacía referencia.

<sup>7</sup> Fls. 115-119.

pensiones de la Ley 100 de 1993. Asimismo, es necesario establecer si el actor cumplió con los requisitos mínimos exigidos por la ley para hacerse beneficiario de la respectiva pensión de vejez.»

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

#### **4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia 10 de noviembre de 2016<sup>8</sup> accedió a las pretensiones de la demanda con sustento en los siguientes argumentos:

(i). En sentencia T-174 del 8 de marzo de 2012<sup>9</sup> la Corte Constitucional sostuvo que las normas pensionales que regían con anterioridad a la Ley 100 de 1993 no fueron derogadas tácitamente por esta última; por el contrario, el mantenimiento de ciertos beneficios consagrados en la normatividad anterior garantiza la protección y asistencia de las personas de la tercera edad. Adicionalmente, el tribunal constitucional, en consonancia con el Consejo de Estado, señaló que, si la intención del legislador hubiera sido derogar las normas anteriores, así lo hubiera dispuesto de manera expresa.

(ii). Indicó que el señor Julio Enrique Barriga Garzón es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues tenía más de 40 años de edad cuando entró en vigencia la citada ley, comoquiera que nació el 28 de julio de 1939.

Así las cosas, el derecho pensional del señor Barriga Garzón, en principio, se encuentra regido por la Ley 33 de 1985; sin embargo, como el demandante laboró exclusivamente en la Rama Judicial y no reúne los 20 años de servicio que exige el artículo 1.º *ibidem*, su situación jurídica está gobernada por el Decreto 546 de 1971.

(iii). Así mismo, agregó que el señor Julio Enrique Barriga Garzón no acredita los 20 años de servicios requeridos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971; no obstante, con fundamento en la

---

<sup>8</sup> FIs. 134-156.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-174 del 8 de marzo de 2012, M.P., María Victoria Calle Correa.

jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>10</sup> no es posible desconocer que **el accionante realizó cotizaciones con fines pensionales durante 13 años, 11 meses y 15 días, por lo que resulta necesario aplicar el artículo 10 ibidem.**

(iv). Señaló que el demandante se retiró del servicio el 15 de julio de 1982, cuando aún no había cumplido la edad de retiro forzoso; además, no estaba vinculado laboralmente cuando cumplió los 65 años de edad.

(v). A pesar de lo anterior, sustentó que ambas subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada, han reconocido la pensión de retiro por vejez a personas que no se encuentran laborando cuando cumplen la edad de retiro forzoso (65 años), con el fin de proteger el derecho fundamental a la igualdad, las garantías de las personas de la tercera edad y aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral.

(vi). Así las cosas, determinó que el señor Julio Enrique Barriga Garzón tiene derecho a que la UGPP le reconozca una pensión de retiro por vejez, en los términos del artículo 10 del Decreto 546 de 1971, toda vez que cumplió 65 años de edad el 28 de julio de 2004 y cotizó para pensión durante 13 años, 11 meses y 15 días.

(vii). Por otro lado, adujo que, de acuerdo con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la pensión debe liquidarse teniendo en cuenta todos los factores salariales que constituyen salario; y en el caso sub examine, tales factores corresponden a la asignación básica mensual y la prima de antigüedad, de acuerdo con la prueba documental allegada al proceso.

(viii). Así mismo, indicó que el actor tiene derecho a que se indexe la primera mesada pensional, desde el 15 de julio de 1982 (fecha de retiro del servicio) hasta el 28 de julio de 2004 (fecha de consolidación del estatus pensional), de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>11</sup> y el Consejo de Estado<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de octubre de 2006, expediente 25000-23-25-000-1999-06034-01 (4109-04), M.P., Jaime Moreno García.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-01 de 1999, M.P., José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 5 de marzo de 2004, M.P., Nicolás Pájaro Peñaranda.



(ix). Por otro lado, determinó que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establece el término de 3 años, al cabo de los cuales prescriben las mesadas pensionales. En ese escenario, dado que el señor Julio Enrique Barriga Garzón adquirió el estatus pensional el 28 de julio de 2004, pero solicitó el reconocimiento del derecho el 29 de julio de 2014, las mesadas causadas con anterioridad al 29 de julio de 2011 se encuentran prescritas.

(x). Finalmente, indicó que, en aras de no afectar el sistema general de pensiones, la UGPP debía descontar el valor de los aportes pensionales que no se hubieran realizado, sobre los factores salariales certificados, en la proporción que le corresponda al trabajador.

## **5. RECURSO DE APELACIÓN**

**LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCAES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, por conducto de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación<sup>13</sup> en contra de la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

i) De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes tuvieren 40 años de edad, si fueren hombres, o 35 años de edad, si fueren mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados, tienen derecho a que se les aplique el régimen pensional que imperaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley, respecto de la edad, tiempo y monto de la pensión.

ii) El señor Julio Enrique Barriga Garzón, si bien es beneficiario del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho al régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971 para los servidores de la Rama Judicial, pues a pesar de que laboró en ella desde el 1º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, no se encontraba para el 1 de abril de 1994 vinculado a la Rama Judicial, y por ende no contaba con un derecho adquirido sino una expectativa razonable para que se reconociera su derecho pensional de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del mencionado decreto.

---

<sup>13</sup> FIs. 161- 163.

iii) Agregó que el demandante no acredita los 20 años de servicios que exige el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para acceder a una pensión de jubilación, **ya que solo laboró 13 años, 11 meses y 15 días.**

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por autos de 21 de septiembre de 2017<sup>14</sup> y 07 de diciembre de 2017<sup>15</sup> se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al agente del Ministerio Público para conceptuar en segunda instancia, respectivamente.

**6.1. La parte actora**<sup>16</sup> expuso una crítica al trámite de notificación del fallo de primera instancia.

**6.2. La entidad demandada**<sup>17</sup> por conducto de su apoderada hizo referencia al régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sostuvo que los parámetros señalados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 solo se aplican a quienes adquieren el derecho en aplicación pura de dicha normatividad, pero no en virtud del referido régimen de transición.

Adicionalmente, indicó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las pensiones reconocidas con fundamento en regímenes especiales no pueden liquidarse con inclusión de todos los factores salariales, pues solo se deben tener en cuenta aquellos que constituyen salario y sobre los cuales se han realizado aportes.

En ese contexto, el ingreso base de liquidación no está dentro de los beneficios que ofrece el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**6.3. El Ministerio Público** guardó silencio<sup>18</sup>.

## **II. CONSIDERACIONES**

---

<sup>14</sup> Fl. 188.

<sup>15</sup> Fl. 198.

<sup>16</sup> Fls. 199-200.

<sup>17</sup> Folios 205-206.

<sup>18</sup> Como se desprende del informe secretarial a folio 208.

## 1. Competencia

Esta Subsección es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150<sup>19</sup> de la Ley 1437 de 2011.

## 2. Competencia del juez en segunda instancia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>20</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328<sup>21</sup> del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso, la **entidad demandada** es apelante único, razón por la cual la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido por el juicio de reproche esbozado por el apelante.

## 3. Problema Jurídico

De acuerdo con los motivos de la apelación, corresponde a la Sala de Subsección establecer si ¿al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la «pensión de retiro por vejez» de que trata el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, pese a

---

<sup>19</sup> « El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]».

<sup>20</sup> «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

<sup>21</sup> «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

que cuando cumplió la edad de retiro forzoso no se encontraba vinculado a la Rama Judicial?

En caso negativo, se deberá determinar si ¿el demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1994, ya que es una persona de la tercera edad y se encuentra en una situación de especial protección constitucional?

#### 4. Marco normativo y jurisprudencial

##### 4.1. Pensión de retiro por vejez<sup>22</sup>

La legislación anterior a la Ley 100 de 1993 tenía previsto una prestación excepcional –la pensión de retiro por vejez-, en aquellos casos en los cuales el trabajador avanzaba a la edad de retiro forzoso y, por ello, le era imposible continuar cotizando con fines pensionales. Así pues, la pensión de vejez excepcional tiene por objeto garantizar el mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso.<sup>23</sup>

Conviene destacar que el **Decreto 3135 de 1968**, el cual previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, disponía:

**“ARTÍCULO 29. Pensión de retiro por vejez.** A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que **sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez**, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal”.

[Negritas por fuera del original]

Por otro lado, el **Decreto 1868 de 1969**, reglamentario de la norma anterior, precisó lo siguiente:

---

<sup>22</sup> Acápito desarrollado por la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 16 mayo de 2019, expediente 08001-23-33-000-2013-00877-01 (1846-15), M.P., César Palomino Cortés.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-631 del 15 de noviembre de 2016, M.P., Aquiles Arrieta Gómez.

**“Artículo 81.- Derecho a la pensión.** 1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, **sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión** de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social. 2. La falta de medios propios para la congrua subsistencia se demostrará con los siguientes medios probatorios: a) Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social ante un juez del trabajo, o civil, con citación del respectivo agente del ministerio público; y b) Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la Administración de Hacienda Nacional respectiva. 3. Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión se estableciere por cualquier medio que el pensionado poseía bienes o rentas suficientes para su subsistencia en el momento del reconocimiento, la entidad pagadora revocará dicho reconocimiento y podrá repetir por las sumas pagadas indebidamente”.

[Negritas por fuera del original]

Por su parte, el **artículo 10 del Decreto Ley 546 de 1971**, contentivo del régimen especial de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, previó para los referidos servidores una pensión de vejez a quienes llegaren a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en las citadas entidades. La mencionada norma disponía:

“Artículo 10. Los funcionarios a que se refiere este decreto, que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de cinco (5) años continuos en tales actividades, tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año de servicio”.

Nótese que el mencionado Decreto 546 de 1971, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión de vejez descrita en el artículo 10: (i) llegar a la edad de retiro forzoso **durante la vinculación laboral** con la Rama Judicial o el Ministerio Público y (ii) haber laborado para dichas instituciones por un lapso no menor a 5 años continuos.

Conviene precisar que la edad de retiro forzoso es una causal de retiro del servicio prevista en la ley<sup>24</sup>. En el caso de la Rama Judicial, el artículo 5º del

---

<sup>24</sup> Los artículos 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, 122 del Decreto 1950 de 1973, artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, fijaron la edad de 65 años como tope máximo para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas.

Decreto 546 de 1971 estableció los 65 años como la edad de retiro forzoso de los funcionarios y empleados a que se refiere el Decreto.

Posteriormente, la Ley 1821 de 2016 por medio de la cual se modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2016, la aumentó a 70 años de edad.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia «la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados».

Frente a la vigencia de la pensión de retiro por vejez, la Corte Constitucional manifestó en algunos fallos de tutela que esta prestación se entiende derogada por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>25</sup>; sin embargo, la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que la pensión de retiro por vejez sigue vigente para aquellos servidores públicos beneficiarios del régimen de transición.

Así, lo señaló esta Corporación en **sentencia del 7 de abril de 2005**<sup>26</sup>, al sostener:

«[...] Con fundamento en la disposición transcrita, (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) la Sala en reiterados pronunciamientos viene precisando que el régimen de transición es un beneficio que la ley contempla, consistente en que las personas que cumplan las exigencias en ella señaladas, su pensión en cuanto a edad, tiempo de servicios o número de semanas de cotizaciones y cuantía de la mesada, se rige por la normatividad anterior.

---

<sup>25</sup> Sentencia T-496 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) (SV. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa oportunidad la Sala Séptima de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que había sido desvinculada por haber cumplido la edad de retiro forzoso, faltándole dos (2) años para cumplir el tiempo de servicio requerido para acceder a la pensión de vejez. La Sala Séptima de Revisión amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la tutelante, ordenándole a la entidad accionada que la reintegrara al cargo que venía desempeñando, para que esta manifestara en el término de un (1) mes si optaba por seguir cotizando al sistema o, en caso de encontrarse en imposibilidad de continuar haciéndolo, se optaba por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, evento en el cual sólo podría ser desvinculada hasta que se le pagara dicha prestación. En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión consideró que la tutelante no tenía derecho al reconocimiento de la pensión de retiro vejez ya que, en su concepto, dicha prestación había sido derogada por la Ley 100 de 1993.

<sup>26</sup> Expediente 1721-03.

A lo anterior se agrega que la disposición que contempló el denominado régimen de transición, no hizo distinción al tipo de pensión, vale decir si la ordinaria o la de retiro por vejez. (lo subrayado fuera del texto).

Según la prueba documental que obra en autos el señor CIPRIANO QUINTERO BAEZ nació el 2 de noviembre de 1929. Ello indica que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró a regir la Ley 100/93, tenía 63 años de edad cumplidos, motivo por el cual **es beneficiario del régimen de transición**. Es decir se le aplica la normatividad anterior a dicha ley. De ahí que no se le apliquen las previsiones del artículo 34 de la Ley 100/93, por la misma razón no es dable acudir a la previsión del artículo 37 ibidem, relacionada con la denominada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, antes de esta ley, regía la Ley 33 de 1985, la cual en el inciso primero del artículo 1º señaló la regla general, según la cual el empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

El señor QUINTERO BAEZ no cumpliría con los presupuestos señalados en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación allí consagrada, pues como más adelante se precisará, solo acredita un tiempo de servicios de 13 años, 10 meses, 16 días.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se trata simplemente de la aplicación de la norma anterior contentiva de la regla general para acceder a la pensión plena de jubilación, sino de la aplicación de la ley que con anterioridad establecía la denominada **“pensión de retiro por vejez”**.

La Sala en acatamiento de claros postulados constitucionales, ha aplicado las disposiciones del Decreto - Ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1968, para efectos de resolver sobre la procedencia de la pensión de retiro por vejez, a personas como el señor QUINTERO BAEZ que una vez sobrepasan la edad de retiro forzoso, no tienen oportunidad de vender su fuerza laboral que les permita acceder a la pensión plena de jubilación. El fundamento de esta orientación descansa sobre postulados tales como el deber del Estado, la sociedad y la familia de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad (C.N. Art. 45), garantía de la seguridad social (Art. 48 ib.), protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, entre otros».

Aunado a lo anterior, en la sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 0720 de 2008<sup>27</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado reiteró la vigencia de la pensión de retiro por vejez argumentando que esta es una prestación social de gran relevancia porque, por medio de ella, el Estado cumple con su deber de brindar protección y asistencia a las personas de la tercera edad<sup>28</sup> y le garantiza su derecho a la seguridad social,<sup>29</sup> razones por las cuales no puede entenderse

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 25000-2325-000-2005-05429-02(0720-08), M.P., Gerardo Arenas Monsalve

<sup>28</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 46: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. // El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”*.

<sup>29</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 48: *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en*

que dicha prestación fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, pues si esa hubiera sido la intención del legislador, debió haberla derogado expresamente. En la mencionada sentencia, se indicó:

“Al respecto señala la Sala que una institución pensional de la magnitud y relevancia de la pensión de retiro por vejez, establecida no solamente como parte del régimen pensional del sector público anterior a la Ley 100, sino también como integrante de la normatividad administrativa laboral de los empleados públicos, en cuanto alude a la situación administrativa del retiro forzoso por cumplimiento de la edad límite de permanencia en el servicio público, no podía entenderse derogada por la ley general de seguridad social sin una referencia expresa”.<sup>30</sup>

Posteriormente, la Corte Constitucional en las sentencias T-174 de 2012 y T-080 de 2013, compartió la posición expuesta por el Consejo de Estado respecto de la vigencia de la pensión de retiro por vejez **para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que cumplan los requisitos legales para acceder a esta prestación.**

Así las cosas, para ser beneficiario de la misma, se requiere, al tenor del artículo 10 del Decreto 546 de 1971, (i)haber llegado a la edad de 65 años o retiro forzoso, durante la vinculación laboral, y (ii)haber laborado no menos de 5 años continuos en el servicio judicial o del Ministerio Público, porque el principio filosófico en el que se sustenta esta **figura se fundamenta en el hecho de que ante la avanzada edad del trabajador, que le impide continuar prestando el servicio, se hace necesario su retiro forzoso** y por tal motivo se le compensa por el tiempo en el que laboró, en la medida en que no pudo causar el derecho a la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, se advierte que el espíritu de la pensión de retiro por vejez es que la persona que se encuentra vinculada con la administración y al cumplir la edad de retiro forzoso 65 o 70 años, según el caso, se le hace imposible continuar

---

*sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. [...]*”.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B”, (CP. Gerardo Arenas Monsalve). Rad. No. 25000 23 25 000 2005 05429 02 (0720-08), del 19 de febrero de 2009. En esa sentencia, el Consejo de Estado estudió una demanda de nulidad contra acto ficto por el cual se entendía que una entidad pública le había negado la solicitud de reconocimiento de una pensión de retiro por vejez a una persona que había sido desvinculada por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin que hubiera reunido el tiempo de servicios requerido para acceder a la pensión de vejez. En esa sentencia, el Consejo de Estado declaró la nulidad del acto ficto y ordenó a la entidad demandada que le reconociera a la demandante la pensión de retiro por vejez. En el mismo sentido, se pueden revisar, entre otras, las siguientes sentencias: <sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, (CP. Alberto Arango Mantilla). Rad. No. 08001 23 31 000 1997 2063 01 (1108-02), del 26 de febrero de 2003, y Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, (CP. Jaime Moreno García). Rad. No. 25000 23 25 000 2002 10431 01 (8120-05), del 22 de febrero de 2007.



vinculado por tal motivo y no cuenta con el tiempo de servicio requerido para adquirir derecho a la pensión.

#### **4.2. La indemnización sustitutiva en vigencia de la Ley 100 de 1993**

El Acto Legislativo 01 de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005, previó como regla general que, a partir de su vigencia, no habrá regímenes pensionales especiales ni exceptuados.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 prevé que las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y no tengan la posibilidad de continuar cotizando, podrán acceder a una indemnización sustitutiva.

De lo anterior se colige, que 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<sup>31</sup>.

La disposición transcrita fue reglamentada a través del Decreto 1730 de 2001<sup>32</sup> 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 Pensiones<sup>33</sup>]** se presente una de las siguientes situaciones:

<sup>31</sup> Sentencia T-853 de 28 de octubre de 2010, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto

<sup>32</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>33</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

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 para (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.

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.»

De las citadas disposiciones se observa 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 2005**<sup>34</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 cobija tanto a dichos afiliados como a los de una administradora diferente al ISS, pues no sería razonable y violaría el derecho a la igualdad que los afiliados a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, diferentes a éste, por el hecho de serlo, no les sea permitido, si se dan las condiciones que la misma Ley establece en su artículo 37, acceder a la prestación, pretextando la falta de tal beneficio en el régimen anterior que los gobernaba.

[...]

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

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional<sup>35</sup> 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 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

<sup>34</sup> Sección Segunda. Expediente: 0477-03. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya.

<sup>35</sup> sentencia T-849 A de 24 de noviembre de 2009.

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. [...]» **(destaca la sala)**

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<sup>36</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto 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 vigor del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando.

En el mismo sentido, el artículo 1.º del Decreto 4640 de 2005<sup>37</sup> 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;  
[...].» (Subrayas de la Sala).

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

<sup>36</sup> Sentencia del 3 de mayo de 2018, proferida por la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, rad. **2013-00462-**

<sup>37</sup> Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.

«**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).

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales citados anteriormente, es claro para esta Subsección 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<sup>38</sup>.

## 5. Caso concreto

Como **motivo de apelación** la entidad demandada manifestó que el señor Julio Enrique Barriga Garzón no tiene derecho a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971 para los servidores de la Rama Judicial, pues a pesar de que laboró en ella desde el 1º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, se demostró que cuando se produjo su desvinculación laboral no tenía la edad de retiro forzoso de 65 años, la cual alcanzó con posterioridad a su retiro de la Rama Judicial, por lo cual no tenía un derecho adquirido.

En la sentencia apelada, el Tribunal consideró que el demandante tiene derecho a que la UGPP le reconozca una pensión de retiro por vejez, en los términos del artículo 10 del Decreto 546 de 1971, por haber laborado al servicio de la Rama Judicial durante 13 años, 11 meses y 15 días, pues, aunque no se encontraba vinculado al servicio cuando cumplió 65 años de edad el 28 de julio de 2004, resulta procedente acceder al reconocimiento con el fin de proteger el derecho fundamental a la igualdad, las garantías de las personas de la tercera edad y aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral.

---

<sup>38</sup> Sentencia del 3 de mayo de 2018, proferida por la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, rad. 2013-00462.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya presunción de autenticidad no fue desvirtuada por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

### 5.1. Hechos demostrados:

**a). Edad del demandante:** El señor Julio Enrique Barriga Garzón nació el 28 de julio de 1939<sup>39</sup> y cumplió 65 años de edad el 28 de julio de 2004.

**b). Tiempo de servicios:** Laboró al servicio de la Rama Judicial de manera ininterrumpida, desde el 1.º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, con lo cual acredita 13 años, 11 meses y 15 días de servicio<sup>40</sup>.

**c). Reclamación en sede administrativa:** El 29 de julio de 2014<sup>41</sup>, el demandante solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez por retiro, frente a la cual, la entidad demandada, el 18 de noviembre de 2014, expidió la **Resolución RDP 035026**, por la cual denegó tal prestación por las siguientes razones:

“Que respecto a la solicitud de Pensión de retiro por vejez, es pertinente indicar que la norma transcrita exige para el reconocimiento de la prestación solicitada **que el peticionario cuente con 65 años de edad al momento de retiro del servicio**, situación desfavorable al señor JULIO ENRIQUE BARRIGA GARZÓN, toda vez que el mismo solo contaba con 43 años de edad al retiro definitivo, en consecuencia no cumple con postulados (sic) normativos para ser acreedor de la pensión pretendida”. (destaca la Sala)

Contra dicha decisión, el 17 de diciembre de 2014<sup>42</sup>, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, argumentando, bajo la gravedad del juramento, que, con posterioridad al 15 de julio de 1982, no le fue posible vender su fuerza laboral, ni realizar cotizaciones con fines pensionales, por lo tanto, no acredita haber estado laboralmente activo y, por ende, haber realizado aportes adicionales para pensión.

**d). Recursos en sede administrativa:** El 13 de marzo de 2015, la UGPP emitió la **Resolución RDP 009835** por la cual resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014 y la confirmó, así:

---

<sup>39</sup> Fl. 4.

<sup>40</sup> Fls. 5 a 6 y 12 a 13.

<sup>41</sup> Ref. fl. 18.

<sup>42</sup> Fls. 21-23.

“Que con base a las normas anteriormente mencionadas, se observa que el recurrente **para la época en que fue retirado del servicio, no se encontraba en edad de retiro forzoso**, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de la prestación bajo los parámetros señalados en el recurso de reposición materia de estudio del presente acto administrativo”. (destaca a sala)

El 16 de marzo de 2015, la UGPP profirió la Resolución RDP 010250, a través de la cual resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014 y la confirmó, teniendo en cuenta las siguientes razones:

“Que así las cosas, se evidencia que el apelante no le asiste derecho a la prestación que reclama, **si se tiene en cuenta que para el 15 de julio de 1988 (sic), fecha en la que acreditó el retiro del servicio no contaba con la edad de retiro forzoso, pues sólo contaba con 48 años de edad**, dado que de acuerdo con la fecha de nacimiento llegaría a tal edad en el año 2004, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual no es aplicable al caso en estudio por no encontrarse vigente al momento de finalizar la relación laboral, por lo que esta instancia acoge los lineamientos que dieron origen a la primera decisión negativa”. (destaca la Sala)

## 5.2. Análisis sustancial

### 5.2.1. ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la «pensión de retiro por vejez» de que trata el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, pese a que cuando cumplió la edad de retiro forzoso no se encontraba vinculado a la Rama Judicial?

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis del acervo probatorio, se considera lo siguiente:

Como se precisó en líneas anteriores el **Decreto 546 de 1971** establecía como requisitos para acceder a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10: (i) llegar a la edad de retiro forzoso **durante la vinculación laboral** con la Rama Judicial o el Ministerio Público y (ii) haber laborado para dichas instituciones por un lapso no menor a 5 años continuos.

Al respecto, se advierte que esta Sección ha sostenido frente al cumplimiento del requisito de **llegar a la edad de retiro forzoso durante la vinculación laboral para acceder a la pensión de vejez por retiro**, regulada en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, lo siguiente<sup>43</sup>:

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección “B”- consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter- sentencia de doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 08001-23-33-000-2014-01222-01(4181-16).

“Nótese que el mencionado Decreto 546 de 1971, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión de vejez descrita en el artículo 10: (i) llegar a la edad de retiro forzoso durante la vinculación laboral con la Rama Judicial o el Ministerio Público y (ii) haber laborado para dichas instituciones por un lapso no menor a 5 años continuos.

Al respecto, se advierte que cuando el demandante llegó a la edad de 65 años (30 de septiembre 2011) se encontraba desvinculado de la Rama Judicial, pues su retiro aconteció el 21 de septiembre de 1973, por lo que carece del derecho a la pensión de retiro por vejez prevista en el precitado artículo 10 del Decreto 546 de 1971, puesto que es clara la norma al establecer la condición de llegar «[...] a la edad de retiro forzoso **dentro del servicio judicial** o del Ministerio Público [...]» (se destaca)<sup>44</sup>.

Agrégase a lo anterior que, incluso, el régimen general previsto en el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968, también contempla tal requisito, al establecer que «Todo **empleado oficial** que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, **sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad**, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social»; condición que no satisface el accionante, habida cuenta que 38 años después de su retiro de la Rama Judicial, colmó los 65 años de edad, sin que para ese momento estuviese vinculado a alguna otra entidad pública”.

Así las cosas, conforme se analizó en precedencia, la pensión de retiro por vejez fue creada con el fin de proteger al servidor que se desvinculó del empleo por el solo hecho de haber llegado a la edad de retiro forzoso y sin el tiempo de servicio requerido para la pensión de jubilación o vejez, circunstancia que no se presentó en el *sub-lite*, pues es claro que el demandante laboró hasta el 15 de julio de 1982 y solo cumplió los 65 años de edad el 28 de julio de 2004, es decir, después de 22 años, lapso en el cual no existía impedimento legal para continuar efectuando las cotizaciones con destino a pensión.

En este sentido, en el presente asunto surge diáfano que el libelista no cumple con los presupuestos exigidos en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, **toda vez que no fue retirado del servicio por haber cumplido 65 años de edad** como lo disponía la norma aludida, sino que dicha edad la alcanzó 22 años después de su desvinculación y por lo tanto, no tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión que reclama cuando fue desvinculado de la Rama Judicial. Reitera la Sala que la intención del legislador con la mencionada prestación, fue la de proteger a aquellos servidores que por tener la edad de retiro forzoso no podían

---

<sup>44</sup> En similar sentido, se pronunció esta Corporación en fallo de 14 de junio de 2018, expediente 11001-03-15-000-2017-02163-01.



continuar prestando sus servicios y no cumplían los requisitos para acceder a la pensión ordinaria de vejez o jubilación, en este caso, las cotizaciones mínimas.

Ahora bien, aunque el a quo sostuvo que «ambas subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada, han reconocido la pensión de retiro por vejez a personas que no se encuentran laborando cuando cumplen la edad de retiro forzoso (65 años), con el fin de proteger el derecho fundamental a la igualdad, las garantías de las personas de la tercera edad y aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral», la Sala destaca que, efectuada una revisión de la jurisprudencia sobre la materia, sólo se logró identificar la sentencia de 22 de febrero de 2007 de la subsección A, expediente 25000-23-25-000-2002-10431-01 (8120-2005), C.P. Jaime Moreno García, sin embargo, aunque dicho pronunciamiento concierne a un reconocimiento de pensión de retiro por vejez, no constituye un precedente vinculante, pues además de no tener la naturaleza de una sentencia de unificación, los supuestos fácticos allí planteados distan del presente caso, en donde el demandante, al momento del retiro contaba con 43 años de edad y 13 de servicio, y luego de 32 años reclama tal prestación.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto se demostró que el demandante no tiene derecho a la pensión de retiro por vejez por cuanto no llegó a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial como lo exigía la norma y en tal sentido, no había adquirido ninguna expectativa de pensión.

No obstante, la Sala no pasa desapercibido que el demandante laboró al servicio de la Rama Judicial desde el 1.º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, con lo cual acredita 13 años, 11 meses y 15 días de servicio, motivo por el cual, a continuación procede a analizar si le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias en virtud de lo previsto en el artículo 288 ibídem.

### **5.2.2. De la indemnización sustitutiva**

Precisado lo anterior, la Sala, como garantía de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en aras de no desconocer los derechos fundamentales del demandante, quien en

la actualidad es adulto mayor con **81 años de edad**, y se encuentra en especiales condiciones de vulnerabilidad, y protección de su mínimo vital, el derecho a la seguridad social y la vida digna, considera necesario, como **materialización del derecho a la tutela judicial efectiva**, analizar si el señor Julio Enrique Barriga Garzón tiene derecho a la **indemnización sustitutiva** prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como **medida de protección judicial**, para lo cual es pertinente reiterar el criterio judicial expuesto en anterior oportunidad por esta Subsección<sup>45</sup> sobre la garantía de acceso a la administración de justicia:

“De conformidad con el artículo 229 superior el Estado colombiano «[...] garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]», último que se ha concebido como fundamental en la medida en que, a través de él, se satisface una necesidad ínsita al ser humano, cual es la de encontrar una solución pacífica, equitativa y ajustada respecto de las desavenencias y conflictos que puedan suscitarse en la vida en sociedad. Ello explica la relación directa que existe entre aquel y la justicia como valor esencial, consagrado desde el mismo preámbulo<sup>46</sup> de la Constitución Política.

En diferentes sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata que ostenta el acceso a la administración de justicia, además de su íntima conexión con el derecho al debido proceso. Sobre el particular, dicha Corporación señaló en sentencia C-279 de 2013<sup>47</sup>:

«[...] El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso [...]»

En la doctrina, el profesor *Luigi Ferrajoli*, quien caracteriza la naturaleza de fundamental de un derecho a través de tres criterios axiológicos que extrae de la experiencia del constitucionalismo en los ámbitos nacional e internacional, podría sostenerse que el acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva adquiere tal condición en virtud de su íntima vinculación con derechos asociados a la conservación de la vida humana y la paz ya que la posibilidad de acudir a instancias judiciales a efectos de que se diriman las controversias humanas impacta de manera directa y ostensible en la disminución del uso de vías violentas a efectos

---

<sup>45</sup> Criterio expuesto por esta Subsección en sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), consejero ponente: William Hernández Gómez, radicación número: 20001-23-33-000-2016-00149-01(4561-17).

<sup>46</sup> «[...] en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente [...]»

<sup>47</sup> Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2013; expediente D-9324; demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012.

de solucionar los conflictos que se suscitan en la vida en sociedad, siendo ello un reflejo indiscutible y propio del proceso de civilización humano<sup>48</sup>.

«[...] El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad [...] y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regirían en su ausencia [...]»<sup>49</sup> (Resaltado fuera del texto original)

De esta forma, se advierte que la justicia y la paz, como principales valores que busca realizar el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyen fines esenciales del hombre, por los que debe propender el Estado en su función de servicio a la comunidad y promoción de la prosperidad general, lo que sin duda alguna permite la categorización de aquel derecho como fundamental.

Cabe anotar que la importancia de la protección de la tutela judicial efectiva se acentúa cuando lo que está en controversia son derechos de naturaleza laboral y de seguridad social. Lo anterior en virtud de la íntima conexidad que tiene el trabajo con la dignidad humana y, a su vez, la estrecha relación de esta última con la realización de los valores y principios en que se funda el Estado Social y Democrático de Derecho, cuestión que es advertida desde la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos en los siguientes términos:

«[...] Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una

---

<sup>48</sup> Al respecto, señala el autor:

«[...] El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad [...] y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regirían en su ausencia [...]»<sup>49</sup> (Resaltado fuera del texto original)

<sup>49</sup> Luigi Ferrajoli. Sobre los derechos fundamentales. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 74-75.

existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses [...] (Subraya la Sala).

Ahora bien, la caracterización que se le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva impacta de manera directa la forma en que este debe ser protegido. Ello sucede en virtud del denominado principio *pro homine*, el cual irradia todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de aquellos.

En palabras de la Corte Constitucional, «[...] el principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional [...]»<sup>50</sup>.

Tal principio tiene su consagración normativa en los artículos 1 y 2 de la Carta Política y en el artículo 93 *ejusdem*, en virtud del cual, los derechos y deberes contenidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En ese sentido, el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos previó lo siguiente:

«[...] Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado [...]»

Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, preceptuó:

«[...] Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza [...]»

---

<sup>50</sup> Sentencia C-438 de 2013. Referencia: expediente D- 9389. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17, 19 (parcial), 27 (parcial), 28 (parcial), 37 (parcial), 41 (parcial), 46 (parcial), 47 (parcial), 64 (parcial), 86 (parcial) y 88 (parcial) de la Ley 1448 de 2011.

Como puede observarse, este se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, con innegable aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, a la administración de justicia y a la igualdad, al ser instrumentos normativos internacionales.

Es así como la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229<sup>51</sup> de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, último cuyo tenor literal prevé:

«[...] Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso [...].» (Subrayas de la Sala).

Respecto de dicho principio, esta Corporación ha señalado:

«[...] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que desarrollan el principio<sup>52</sup>, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico [...].<sup>53</sup> (Subrayas fuera de texto).

En la misma providencia, se expuso el marco sustancial convencional, el cual deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia, y se señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez<sup>54</sup> y Godínez Cruz<sup>55</sup> ha considerado que:<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

<sup>52</sup> Cita de la cita: Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: "Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada.". GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Proveído del 22 de octubre de 2015. Rad. 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A.

<sup>54</sup> Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

<sup>55</sup> Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

«[...] la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos<sup>57</sup>, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos<sup>58</sup> [...]». (Subrayas de la subsección).

Como puede observarse, la incorporación que se ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos, reconociéndosele igual jerarquía que la de la Constitución Política, no es escasa y esta convencionalidad, sin duda alguna, ha impactado de manera directa la forma en que debe entenderse el derecho contemporáneo.

Ahora, le corresponde al juez en el trámite del proceso enderezar la actuación tomando los correctivos<sup>59</sup> que sean del caso para poder proferir una decisión que en realidad dirima el conflicto que se ha puesto en su conocimiento, sin que sea de recibo que, a último momento, se abstenga de estudiar el fondo del asunto  
(...)

Por lo tanto, en aras de proteger sus derechos fundamentales se hace evidente la vulnerabilidad del demandante en su condición de persona de avanzada edad y, en consecuencia, la procedencia de la indemnización sustitutiva es la única medida de protección que se encuentra en el ordenamiento jurídico para garantizar su mínimo vital ante la fugaz expectativa de vida que le puede quedar al demandante a sus 83 años de edad". (Destaca la Sala)

Bajo tal entendimiento, la Sala advierte que en este caso se dan los presupuestos para entrar a proferir una medida de protección judicial contemplada en el ordenamiento jurídico superior como lo es la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta que el demandante es una persona de la tercera edad, pues a la fecha, tiene 81 años de edad, que por tanto, es sujeto de especial protección constitucional<sup>60</sup>; asimismo, consultado el Registro Único de Afiliados, RUAFA, se observa que el señor Julio Enrique Barriga Garzón se encuentra afiliado a salud como beneficiario desde el año 2008 y a la fecha no reporta ninguna afiliación al

<sup>57</sup> Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo "*constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*".

<sup>58</sup> Cita de la cita: Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín* y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

<sup>59</sup> En armonía con ello, el artículo 180 del CPACA prevé dentro de la audiencia inicial una etapa de saneamiento en la que «[...] El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias [...]». De igual manera, el artículo 207 *ibidem* prevé que «[...] Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes [...]».

<sup>60</sup> Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-598 de 2017, la edad representa un factor de vulnerabilidad para dos grupos poblacionales: para los niños, niñas y adolescentes y para las personas de la tercera edad.

sistema pensional, por lo que se presume su carencia de ingresos, al no tener una pensión de jubilación como en efecto se verifica en el mismo documento, o una fuente de ingresos para una subsistencia digna.

#### Afiliaciones de una Persona en el Sistema

INFORMACIÓN BÁSICA						Fecha de Corte:	2021-06-18
Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo		
CC 2925731	JULIO	ENRIQUE	BARRIGA	GARZON	M		

  

AFILIACIÓN A SALUD						Fecha de Corte:	2021-06-18
Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio		
FAMISANAR E.P.S. LTDA - CAFAM - COLSUBSIDIO	Contributivo	02/01/2008	Activo	BENEFICIARIO	BOGOTA D.C.		

  

AFILIACIÓN A PENSIONES						Fecha de Corte:	2021-06-18
No se han reportado afiliaciones para esta persona							

En ese orden, conforme al anterior criterio jurisprudencial y en aras de proteger sus derechos fundamentales se hace evidente la vulnerabilidad del actor en su condición de persona de avanzada edad y, en consecuencia, la procedencia de la indemnización sustitutiva es la única medida de protección que se encuentra en el ordenamiento jurídico para garantizar su mínimo vital, ya que el demandante cuenta con 81 años de edad.

De acuerdo con las disposiciones y jurisprudencia expuestas, 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 normativa 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.

Lo anterior, por cuanto el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, previó que son válidas y deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social para efectos de liquidar las prestaciones contempladas en esa normativa.

En efecto, 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 2005<sup>61</sup> dispone:

«**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;  
[...].» (Subrayas de la Sala y cursiva del texto).

En cuanto a los requisitos para acceder a dicha prestación, el artículo 4 del precitado Decreto 1730 de 2001 previó:

«**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.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez el afiliado debe acreditar el estado de invalidez de conformidad con los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte del afiliado y la calidad de beneficiario por la cual se reclama.

Para acceder a la indemnización sustitutiva a la que se refiere el literal d) del artículo 1º de este decreto, el pensionado por invalidez o su grupo familiar, deberán acreditar que disfrutaban de la pensión de invalidez o sobrevivencia respectivamente, causada por un riesgo profesional, y que ésta fue concedida con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994. Los miembros del grupo familiar del pensionado por riesgo profesional fallecido, deberán acreditar además de lo antes señalado, la muerte del causante y la calidad de beneficiario en virtud de la cual reclaman.

La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información.» (Subrayas fuera de texto).

En cuanto al monto, el artículo 3 de la precitada normativa estableció lo siguiente:

---

<sup>61</sup> Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.



«**ARTICULO 3º. Cuantía de la indemnización.** Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

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

Donde:

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

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

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

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.» (Negrillas del texto).

Por ende, acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales citados anteriormente, es claro para esta subsección que la **indemnización sustitutiva de vejez** 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 la 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 previstos 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.

En este orden de ideas, en el expediente se tiene probado lo siguiente:

- a) Edad: el señor Julio Enrique Barriga Garzón nació el 28 de julio de 1939, es decir, cumplió 60 años el 28 de julio de 1999, y 62 el 28 de julio de 2001.

b) Cotizaciones: conforme al Certificado de Información Laboral visible a folio 12, entre el 1 de agosto de 1968 al 15 de julio de 1982, tiempo en el que estuvo vinculado con la Rama Judicial, **efectuó cotizaciones** a la extinta Caja Nacional de previsión Social, Cajanal (hoy UGPP).

Establecido lo anterior, reitera la Subsección que la jurisprudencia ha sido enfática al afirmar que el **artículo 37 de la Ley 100 de 1993**, así como sus normas reglamentarias, sobre indemnización sustitutiva, sólo exige que la persona haya alcanzado la edad de jubilación sin cumplir las semanas necesarias para acceder al derecho pensional, pues resulta ilógico que, al no obtener el beneficio esperado, éste se sustituya con otra figura que refleje el esfuerzo realizado.

En este orden de ideas, se evidencia que, conforme a lo probado en el plenario, se acreditaron los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva, pues conforme a los aportes realizados por el demandante, no reunió el tiempo para ser beneficiario de la pensión de vejez, además tiene 81 años de edad, está afiliado al régimen de salud contributivo, según el reporte del RUAF<sup>62</sup>, y por tanto se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando.

En efecto, el demandante **efectuó las cotizaciones correspondientes, por un lapso 13 años, 11 meses y 14 días, lo que equivale a 717 semanas**. Por consiguiente, se concluye que no cumplió con los 20 años de servicio, ni con el mínimo de semanas exigido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez.

En lo concerniente a la edad requerida para el reconocimiento de la pensión en comento, se tiene que el actor cuenta con 81 años de edad, es decir, superó la edad mínima exigida por la Ley 100 para ser titular de la pensión de vejez.

En lo que respecta a la declaración de manera expresa por parte del demandante, en el sentido de que se encuentra en circunstancias que le imposibilitan continuar cotizando, se tiene que en la vía administrativa el demandante manifestó tal

---

<sup>62</sup> <https://ruaf.sispro.gov.co/Filtro.aspx>

situación ante la UGPP<sup>63</sup>, sumado a que dicho impedimento se infiere de la edad que actualmente posee el libelista y su afiliación al régimen de salud contributivo en calidad de beneficiario, situación que lo convierte en una persona de la tercera edad y de especial protección constitucional.

Aunado a lo anterior, es necesario remitirse al artículo 46 de la Constitución Política, en virtud del cual las personas de la tercera edad gozan de especial protección por parte del Estado, dada su situación de debilidad manifiesta, en atención a sus condiciones físicas, mentales y económicas. En consecuencia, es imprescindible propender por la garantía de sus derechos a la protección social. Al respecto, la Corte Constitucional<sup>64</sup> ha precisado:

«[...] 5.2 En el caso que nos ocupa, el accionante es un adulto mayor de 84 años, por lo que merece una especial protección constitucional en los términos de los artículos 13 y 46 de la Carta Política. Éstos le imponen al Estado el deber de brindar una protección especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”, y la obligación de concurrir, con la colaboración de la sociedad y la familia, a “la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad.

Por lo anterior, este Tribunal ha sostenido que la procedencia excepcional de la petición de amparo en los casos de reclamaciones pensionales se justifica cuando sus titulares son personas de la tercera edad, puesto que se trata de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad. [...]»

Bajo dicho entendido, puede concluirse que se estructuran los requisitos previstos en el artículo 37 ibidem y su Decreto Reglamentario 1730 de 2001, esto es: i) cumplir con la edad para pensionarse, ii) no tener el mínimo de semanas cotizadas y iii) declarar, bajo juramento, que se encuentra imposibilitado para continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En este sentido, es procedente reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En un caso con supuestos análogos al presente, la Corte Constitucional en **sentencia T-080 de 2013**, accedió a reconocer la indemnización sustitutiva al accionante que a pesar de no cumplir los requisitos establecidos en el decreto 546 de 1971 para acceder a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación o **una pensión vitalicia de jubilación por retiro forzoso**, sí cumplía los requisitos para acceder a la indemnización prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Al

---

<sup>63</sup> FIs. 21-23.

<sup>64</sup> Sentencia T-385 del 12 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3371565.

respecto, sostuvo lo siguiente:

“(…)No obstante no cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 546 de 1971 para acceder a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación o a una pensión vitalicia de jubilación por retiro forzoso, el accionante sí tiene derecho a escoger entre: i) recibir el pago de una indemnización sustitutiva, que no es más que “el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobreviviente, para reclamar -en sustitución de dicha pensión- una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”; o ii) continuar cotizando al sistema hasta tanto obtenga el número de semanas para acceder al beneficio pensional.

Así las cosas, en palabras del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 : “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”. En efecto, el señor Luis Beltrán Dangón Martínez tiene derecho a seguir cotizando al sistema hasta que obtenga el número de semanas para acceder al beneficio pensional, o si le es imposible seguir cotizando, puede recibir la indemnización sustitutiva como una especie de ahorro por los aportes efectuados durante su vida laboral.

Entonces, si el accionante opta por hacer efectiva la indemnización sustitutiva, Colpensiones, la entidad que reemplazó al ISS, está en la obligación de reconocérsela y pagársela conforme a las reglas contenidas artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa.

Teniendo en cuenta que el señor Luis Beltrán Dangón Martínez: (i) tiene 76 años de edad, (ii) sufre de varias enfermedades como “insuficiencia renal, cardiopatía hipertensiva, hiperuricemia, dislipidemia, hipotiroidismo, entre otras”, y (iii) atraviesa una precaria situación económica, la Sala observa que su situación particular de vulnerabilidad exige que la medida de protección de sus derechos se cumpla de manera expedita. En consecuencia, se ordenará que la indemnización sustitutiva del señor Dangón Martínez sea reconocida y pagada en el término de cuatro (4) meses, contados desde la notificación de esta sentencia.”

## **6. Conclusión.**

Aunque el señor Moisés Alberto Daza no cumplió los requisitos para ser acreedor a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10 del decreto 546 de 1971, quedó demostrado que sí tiene derecho a la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que cumplió la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a dicha prestación y se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando en razón de su avanzada edad.

Por razones de prevalencia del derecho sustancial y para garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del demandante, se ordenará el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

En este punto, vale la pena aclarar que no se está haciendo más gravosa la situación de la entidad apelante, ya que el *a quo* había accedido al reconocimiento de una pensión de retiro por vejez (pago vitalicio); y en esta instancia se revoca dicha decisión, y se ordena el reconocimiento de una indemnización sustitutiva (único pago) que corresponde a los aportes que realizó el actor durante su vida laboral y que constituyen un ahorro del trabajador y por lo tanto, el hecho de privarlo de los mismos en beneficio de la administración resultaría injusto y puede constituir un enriquecimiento sin causa de esta, sumado a que como ya se ha precisado, el demandante es una persona de la tercera edad, y por ende, merece una especial protección, en el sentido de garantizar sus derechos fundamentales, y en especial el mínimo vital.

Conforme lo anterior, se **revocará parcialmente** la sentencia impugnada y, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, únicamente en cuanto no reconocieron la indemnización sustitutiva como medida de protección contemplada en el ordenamiento jurídico, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UGPP, reconocer y pagar a favor del señor Julio Enrique Barriga Garzón, la **indemnización sustitutiva** en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y, para su liquidación, se tendrá en cuenta el salario promedio (actualizado) devengado por el demandante entre los años 1968 a 1982, el número de semanas cotizadas en este período, y el promedio ponderado de los porcentajes cotizados para efectos pensionales. Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Las sumas que resulten a favor del demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente indemnización, por el guarismo que resulta al dividir el

índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

## **7. Prescripción**

En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha precisado que la prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva. En ese sentido, en la sentencia T- 695A de 3 de septiembre de 2010, sostuvo:

«El régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, refiere una figura distinta a la indemnización sustitutiva, denominada "devolución de saldos" que opera cuando los afiliados no han alcanzado a cotizar las semanas mínimas, ya sea para que sea concedida la pensión de vejez, de invalidez o cuando no reúne los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, disponiendo la entrega de "la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.»

Entre tanto, en la sentencia T-144 de 2013, se indicó:

«En efecto y comoquiera que se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, es claro mutatis mutandis que puede equipararse a un derecho pensional, razón por la cual el parámetro de imprescriptibilidad para este tipo de derechos, fijado por la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en este ámbito, es decir, que su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.»

De modo que, se debe entender que la reclamación de la indemnización sustitutiva, también ostenta un carácter irrenunciable e imprescriptible, precisamente porque está dirigida a aliviar o disminuir las especiales condiciones de vulnerabilidad de aquellas personas que realizaron aportes para pensión, pero que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a ella, quienes se encuentran en una situación de indefensión mayor, que aquellos que lo lograron.

## **8. Reconocimiento de personería**

Revisado el expediente, se observa que a folios 211 a 216 obra renuncia del poder conferido por la UGPP, para actuar dentro del presente proceso por la abogada María Nidya Salazar de Medina. Por lo tanto, se hará la respectiva aceptación de renuncia.

Así mismo, en el índice 24 de «SAMAI», obra memorial de la entidad demandada en la que otorga poder al abogado Richard Giovanny Suárez Torres, con tarjeta profesional 103.505 del C.S. de la J., quien a su vez le sustituye a la abogada Katterine Johanna Lugo Camacho, con tarjeta profesional 256.711, por lo que se le reconocerá personería como apoderado general y apoderada sustituta respectivamente, conforme al poder y sustitución otorgados.

### **9. De la condena en costas en segunda instancia.**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho<sup>65</sup>, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, gastos ordinarios del proceso<sup>66</sup>, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento<sup>67</sup> de modo que en atención a esa orientación y de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala de Subsección se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada debido a que el recurso de alzada prosperó parcialmente, esto es, no se encuentra demostrada su causación ni están comprobadas.

---

<sup>65</sup> Artículo 361 del Código General del Proceso.

<sup>66</sup> Artículo 171 numeral 4 en concordancia con el artículo 178, *ibidem*.

<sup>67</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de 10 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor JULIO ENRIQUE BARRIGA GARZÓN contra LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (U.G.P.P.), por las razones expuestas en esta providencia; y en su lugar se ordenará:

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial de las **Resoluciones Nos. RDP 035026 del 18 de noviembre de 2014; RDP 009835 del 18 de marzo de 2015 y RDP 010250 del 16 de marzo de 2015** únicamente en cuanto no se pronunciaron sobre el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, en garantía de la tutela judicial efectiva y el mínimo vital del señor JULIO ENRIQUE BARRIGA GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía 2.925.731, **CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP a reconocer y pagar la INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA de la pensión de vejez, a favor del demandante, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Para su liquidación, se tendrá en cuenta el salario promedio (indexado) devengado por el demandante entre los años 1968 a 1982, el número de semanas cotizadas en este período, así como el promedio ponderado de los porcentajes cotizados para efectos pensionales, de acuerdo a los lineamientos regulados en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

Las sumas resultantes a favor del demandante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:



$$R = RH \times \text{Índice Final}$$

Índice final

**CUARTO. NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.** Sin condena en costas de segunda instancia, de acuerdo con las consideraciones expresadas en este fallo.

**SEXTO.** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO. ACEPTAR** la renuncia del poder conferido para actuar dentro del presente proceso a la abogada María Nidya Salazar de Medina, portadora de la tarjeta profesional 116.154 del Consejo Superior de la Judicatura.

**OCTAVO. RECONOCER** personería al abogado Richard Giovanni Suárez Torres, con tarjeta profesional 103.505 del C.S. de la J., y a la abogada Katterine Johanna Lugo Camacho, con tarjeta profesional 256.711, como apoderado general y apoderada sustituta de la UGPP, conforme al memorial obrante en el índice 23 de «SAMAI».

**NOVENO.** Por Secretaría General realícese la compensación correspondiente del expediente de la referencia cuyo conocimiento fue asumido por el Despacho del ponente, en razón a que el proyecto presentado por el consejero de estado Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación.

**DÉCIMO.** Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMAI».

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Firmado Electrónicamente

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Firmado Electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

