

**INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ – Se aplica a quienes no cumplan el mínimo de semanas exigidas antes o después de la vigencia del sistema de seguridad social integral. Principio de favorabilidad**

La indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumpla la edad para obtener la pensión de vejez pero no cumple el mínimo de semanas exigidas antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. En este orden de ideas, en aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la Ley 100 de 1993, se ordenará el reconocimiento de la indemnización sustitutiva causada el 18 de julio de 2005, fecha en que la actora optó por manifestar la imposibilidad de seguir cotizando y por tanto la Entidad demandada debió proceder a liquidarla teniendo en cuenta los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

**FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 33**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00058-01(1373-09)**

**Actor: LILYAM SARMIENTO DE SANTAMARIA**

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL**

**AUTORIDADES MUNICIPALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 23 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Lilyam Sarmiento de Santamaría contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

**LA DEMANDA**

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 16228 de 10 de abril de 2006 proferida por Cajanal que le negó a la actora el reconocimiento y pago de una pensión de vejez y una indemnización sustitutiva y 09383 de 20 de octubre de 2006, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior.

Como consecuencia de lo anterior solicitó condenar al ente demandado a reconocerle la pensión vitalicia de jubilación desde que cumplió 20 años de servicio y 50 años de edad, siendo el último cargo desempeñado el de Primer Secretario, Grado ocupacional 3EX, en la Embajada de Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores. Pagarle las mesadas causadas y no pagadas, actualizadas en la forma como lo establecen los artículos 178 y 179 del C.C.A. y darle cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ibidem.

Como pretensión subsidiaria solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente actualizada.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La demandante laboró en el Municipio de Mosquera, Nariño, de 1952 a 1965, en el cargo de tramitadora de cuentas.

La Oficina de archivo del Municipio de Mosquera, Nariño, fue destruida por un "terremoto maremoto" que azotó la costa pacífica el 11 de diciembre de 1979.

El incendio ocurrido el 30 de septiembre de 1988 en las instalaciones de la Contraloría Departamental de Nariño destruyó los archivos de la entidad por lo que tampoco allí reposa información anterior a esa fecha tal como lo indicó el Jefe de Archivo.

La accionante fue elegida diputada de la Asamblea del Departamento de Santander por los años 1976 a 1977.

De 1978 a 1981 y, de 1982 a 1986, desempeñó el cargo de Representante a la Cámara por el Departamento de Santander.

El último cargo que ocupó fue el de Primer Secretario grado ocupacional 3EX, en la Embajada de Colombia en Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores, donde fue encargada de las funciones consulares.

Nació el 10 de julio de 1934, es decir, que para 1990 ya contaba con más de 50 años de edad.

Cuando la actora le solicitó a Cajanal el reconocimiento y pago de la pensión tenía más de 25 años de servicio y 50 de edad. Además, en el evento de que ésta no fuere procedente solicitó la indemnización sustitutiva establecida en la Ley 100 de 1993, denominada con anterioridad “devolución de aportes”.

Mediante Resolución No. 16228 de 10 de abril de 2006, Cajanal le negó el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez argumentando que no contaba con 20 años porque los 13 años laborados en el Municipio de Mosquera, no fueron tenidos en cuenta por no aportarse el certificado de la entidad pagadora. Tampoco procede la “pensión sustitutiva” porque la actora cotizó hasta el 14 de noviembre de 1990, fecha en la que no había sido expedida la Ley 100 de 1993.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición que fue desatado en forma negativa.

#### NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 76, 83, 84, 228 y 336; Ley 50 de 1986, artículos 7, 8 y 9; Ley 6 de 1945, artículos 21, 22 y 29; Ley 5 de 1969, artículos 3 y 17; Ley 100 de 1993, artículos 6, 8, 10, 11, 12, 15, 17, 19, 33, 36, 37 y 279; Decreto 1359 de 1993; Decreto 3135 de 1968; Ley 33 de 1985, artículo 13; Ley 71 de 1988, artículo 7; Decreto Reglamentario 625 de 1989; Código Contencioso Administrativo, artículo 57; Código de Procedimiento Civil, artículos 175, 262 y 264; Decreto 1166 de 1989; Decreto 3041 de 1966 y Ley 797 de 2003.

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada no hizo pronunciamiento alguno (fl.116).

#### LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (fls. 280 a 310). Con el fin de determinar si la actora reunía los requisitos pensionales establecidos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el A quo se ocupó del estudio de las pruebas allegadas atendiendo lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 50 de 1886, según los cuales la prueba testimonial no es admisible "...sino en caso de falta absoluta, bien justificada, de pruebas preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican...".

Luego de relacionar las pruebas manifestó que a la demandante le correspondía allegar todos los documentos que acreditaran el pago de salarios y de aportes, para demostrar la vinculación laboral, más si se tiene en cuenta que algunos de los documentos archivados en la Contraloría Departamental de Nariño fueron rescatados del incendio, y si no era así, por lo menos demostrar la imposibilidad de obtenerlos.

La actora no justificó en debida forma la ausencia absoluta de la prueba "preestablecida legalmente, para poder acudir a la prueba testimonial, tal como lo exige el artículo 8° de la Ley 50 de 1886" y, si en gracia de discusión se procediera al estudio de los testimonios, éstos tampoco llevan al convencimiento de los hechos pues provienen de personas con quienes la actora tiene amistad o aprecio pero no tienen conocimiento real y directo de la vinculación laboral.

Para efectos de establecer el tiempo laborado en calidad de Representante a la Cámara y Diputada del Departamento de Santander, se remitió a lo dispuesto en las Leyes 48 de 1962 y 5 de 1969, concluyendo que los periodos de sesiones ordinarias y extraordinarias son contabilizados como si se hubiera laborado el año completo siempre que el servidor hubiera asistido a todas las sesiones de lo contrario debe hacerse en forma proporcional. Para los Diputados debe atenderse lo dispuesto en la Ley 6 de 1958 y el Decreto 1222 de 1986, que establecen el período de sesiones ordinario entre el 1 de octubre y el 30 de noviembre de cada año.

La actora en el primer período que se desempeñó como Parlamentaria asistió a 136 sesiones de 198 y en el segundo, asistió a 148 de 200 sesiones por lo que se le debe contabilizar un tiempo total de 7 años.

No existe certeza de las sesiones a las que asistió la actora en calidad de Diputada entre los años 1976 a 1977 porque en la certificación allegada nada se precisa al respecto es decir que no hay elementos fácticos para determinar si se le debe computar un año completo o un lapso inferior. Precisó que en caso de tenerse como laborado el año completo la actora no reuniría el requisito de tiempo de servicio.

Pese a que la actora acreditó 55 años de edad para el 10 de julio de 1989 no satisface el requisito pensional de 20 años de servicio porque “no comprobó con fechas precisas el supuesto desempeño de sus funciones en el Municipio de Mosquera-Nariño en el cargo de tramitadora de cuentas, durante los años 1952 a 1965” y por tanto no tiene derecho a la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985 y por tanto negó la pretensión principal.

En relación con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, concluyó que la demandante sí es acreedora de ésta porque para la fecha en que cumplió 55 años de edad, 10 de julio de 1989, no reunía el tiempo de servicio para acceder a una pensión y, el 18 de julio de 2005, manifestó la imposibilidad de seguir cotizando para los riesgos de vejez, invalidez y muerte por tener más de 71 años de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior determinó que la indemnización sustitutiva se causó desde el 18 de julio de 2005, fecha en que cumplió los requisitos exigidos en la ley manifestando su imposibilidad de seguir cotizando.

La circunstancia de que la demandante se haya desvinculado del servicio oficial el 14 de noviembre de 1990, fecha para la cual no había sido expedida la Ley 100 de 1993, no es obstáculo para acceder a una prestación establecida en tal normatividad.

Para sustentar la decisión transcribió apartes de sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, concluyendo ésta última lo siguiente:

“...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 de la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que incurra en un enriquecimiento sin causa (...).”

En consideración a lo anterior le ordenó a la entidad demandada proceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, liquidándola conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Las sumas de condena deberán ser actualizadas aplicando lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta que el derecho de la demandante a la indemnización sustitutiva de la pensión se generó el 18 de julio de 2005, fecha en que manifestó la imposibilidad de seguir cotizando.

#### EL RECURSO

La demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fl. 311). Se encuentra plenamente demostrado que la accionante nació el 10 de julio de 1934 y que para el año 1990 se desvinculó del servicio oficial, contando con el tiempo de servicio y la edad requerida por la ley para obtener el reconocimiento de la pensión pues contaba con 56 años de edad.

La mayor controversia se suscita respecto del tiempo de servicio laborado en el Municipio de Mosquera entre los años 1952 a 1965, en razón a que el A quo no aceptó como prueba supletoria las declaraciones extrajudiciales que acreditan el vínculo laboral por ese lapso de tiempo.

El artículo 8 de la Ley 50 de 1886 estableció que es admisible la prueba testimonial sólo en caso de falta absoluta y bien justificada de las pruebas preestablecidas y escritas. La interpretación del A quo respecto a esta norma no es correcta porque afirma que en este caso la actora podía allegar documentos como recibos de pago y constancia de aportes para acreditar el tiempo laborado sin tener en cuenta que han transcurrido más de 45 años y por supuesto no cuenta con tales documentos.

Para acreditar el tiempo laborado, la demandante acudió a la Tesorería y a la Alcaldía del Municipio de Mosquera (Nariño) donde le indicaron que no era posible expedir la certificación de servicio porque un maremoto que azotó la Costa Pacífica destruyó el archivo anterior al 11 de diciembre de 1979, advirtiéndose así la inexistencia de documentación.

Al no encontrar la demandante la documentación requerida se dirigió a la Contraloría del Departamento de Nariño, donde el Jefe de Archivo le informó que no era posible expedir la certificación de tiempo de servicio ni record de sueldos porque la documentación archivada fue destruida por un incendio ocurrido el 30 de septiembre de 1988. Para efectos de probar lo anterior, allegó copia de la Resolución No. 083 de 23 de febrero de 1993 que da cuenta del incendio y advierte la recuperación de algunos documentos que no corresponden a los de la actora.

El Tesorero Municipal de Mosquera, Nariño, certificó que esa entidad era nominadora y pagadora para los años en que la actora prestó sus servicios, en tal sentido, resulta evidente que la señora Sarmiento de Santamaría agotó todos los medios posibles para recuperar la documentación preestablecida pero le fue imposible. Para probar los hechos narrados allegó declaraciones rendidas ante Notario, que fueron ratificadas ante el Inspector de Policía y el Juez comisionado por el Tribunal para el efecto.

Considera que la fecha en la cual se radicó la petición mediante la cual solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión, que fue el 18 de julio de 2005, es una fecha arbitraria que no consulta el espíritu de la institución de los aportes y ella no se había solicitado con anterioridad debido a la convicción que la demandante tiene derecho a una pensión de jubilación.

“Considero poco afortunada la valoración de los testimonios que el mismo Tribunal ordenó oficiosamente y recepcionó por intermedio del Señor Juez Promiscuo Municipal de Mosquera” según la cual los declarantes no tuvieron conocimiento real y directo de la vinculación laboral cuando lo que en realidad se advierte es que quienes las rindieron fueron atendidos por la actora cuando se desempeñó como Tramitadora de Cuentas o eran compañeros de trabajo en la Alcaldía. La actora llegó a Mosquera “recién casada desde su natal Vélez (Sder.) en compañía de su esposo que recién egresado logró vincularse con la secretaria de agricultura

del departamento de Nariño (...). Ya después del año 1965, aplacados un poco los ánimos partidistas, el esposo de la señora LILYAM regresó a su departamento de origen, el Departamento de Santander". La actora no ha vuelto a Mosquera desde esa época. El relato de un testigo permite afirmar que la vinculación de la demandante con el Municipio inició en el año 1952, y lo recuerda con exactitud porque fue el año en que nació su hijo. Otro afirma que la accionante laboró hasta el año 1965 "fecha en que la trasladaron o se fue".

"Los testigos fueron interrogados según cuestionario elaborado por el Magistrado Ponente de esta providencia, en las que considero, se incluyeron todos los hechos y circunstancias orientados al esclarecimiento de la verdad".

El A quo descartó la prueba supletoria porque la actora podía allegar al expediente los recibos de pago de los salarios sin tener en cuenta que fueron percibidos hace 51 años y la mayoría de los servidores no los guarda durante tantos años. "De todas maneras es una exigencia de la Sala que no contempla la norma".

También se equivoca el Tribunal cuando pone en duda los tiempos laborados por la actora en la Asamblea del Departamento de Santander porque la norma es clara al establecer que el período de sesiones ordinarias era del 1 de octubre al 30 de noviembre de cada año, y por tanto debe entenderse que el Diputado asistió durante todo el año, por expreso mandato legal.

Si en gracia de discusión la prueba testimonial no fuera admisible, debe modificarse la fecha a partir de la cual el A quo consideró causada la indemnización sustitutiva, 18 de julio de 2005, porque la devolución de aportes implica el pago de unos rendimientos que deben realizarse a partir del momento en que son depositados. "El 18 de julio de 2005 fue la fecha en que se hizo la manifestación de la incapacidad para seguir cotizando para efectos de solicitar como subsidiaria esta indemnización, pero debe entenderse que esta petición no se había radicado antes por la convicción, como la tenemos todavía hoy, de que la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación".

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes

#### **CONSIDERACIONES**



## Problema jurídico

Consiste en establecer si la señora Lilyam Sarmiento de Santamaría tiene derecho a que Cajanal le pague una pensión de jubilación por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio, éste último demostrado con las declaraciones allegadas conforme a lo dispuesto en la Ley 50 de 1886. Como pretensión subsidiaria, solicita la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en razón a que no está en capacidad de seguir cotizando.

## Actos acusados

1. Resolución No. 16228 de 10 de abril de 2006, expedida por el Asesor de la Gerencia General de Cajanal, que le negó a la actora el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de vejez y una indemnización sustitutiva.

En relación con la prestación pensional, Cajanal concluyó que la actora es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 y por tanto tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior dispuesto en la Ley 33 de 1985 que exige 55 años de edad y 20 de servicio. Las pruebas allegadas evidencian que la señora Lilyam Sarmiento no reúne el tiempo de servicio exigido para hacerse acreedora de la pensión de jubilación porque las declaraciones allegadas para acreditarlo no cumplen las exigencias de la Ley 50 de 1886, como quiera que los testigos no fueron conainterrogados, ni intervino el Ministerio Público y son copia de otra copia (fl. 3).

La indemnización sustitutiva de la pensión le fue negada porque el retiro del servicio ocurrió el 14 de noviembre de 1990 es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, y por tanto no es posible concederle efectos retroactivos a la ley, además, para esa fecha no contaba con la edad exigida.

2. Resolución No. 09383 de 20 de octubre de 2006, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes, en razón a que la demandante no cumple con el requisito de 20 años de servicio ya que “el tiempo laborado entre 1952 y 1964 se desestima de conformidad con la norma antes transcrita, porque no se agotó la prueba principal, toda vez que sólo aportó certificado de la entidad nominadora (alcaldía municipal)

y fiscalizadora (contraloría municipal) faltando aportar certificado de la entidad pagadora”.

No es posible acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva porque su retiro se produjo el 14 de noviembre de 1990, fecha en la que contaba con 3747 días cotizados a Cajanal, y la Ley 100 de 1993 entró a regir con posterioridad y por tanto era imposible que estuviera afiliada al Sistema General de Pensiones.

De lo probado en el proceso

Con la copia de la cédula de ciudadanía y la partida de bautismo de la señora Lilyam Sarmiento de Santamaría, quedó acreditado que nació el 10 de julio de 1934 (fls. 44 y 45).

A folio 47 obra constancia expedida por el Alcalde y el Tesorero del Municipio de Mosquera, Nariño, fechada el 5 de agosto de 1997, en la que manifiestan que “no pueden certificar el tiempo de servicios, pagos de sueldos a aporte que realizó LILIAN SARMIENTO DE SANTA MARIA, identificada con cédula número C.C.27.911.679 expedida en Bucaramanga, cuando laboró en esta institución: Toda vez que los archivos de años anteriores a diciembre 11 de 1979 fueron desaparecidos debido al terremoto, que azotó la costa Pacífica” (fl.47).

En constancia expedida el 22 de septiembre de 1997, la Jefe Sección de Archivo de la Contraloría General del Departamento de Nariño, afirmó lo siguiente: “Que por efectos del incendio sucedido en las instalaciones de la Contraloría General del Departamento de Nariño el 30 de septiembre de 1988 quedó destruida toda la documentación existente de los años comprendidos de 1988 y todos los anteriores según consta en la Resolución Nro. 083 de Febrero de 1993, suscrita por los Doctores Juan Silvio Pantoja y Angel Córdoba Chamorro, el primero en calidad de Contralor General del Departamento y el segundo como Secretario General de la misma Entidad. Por lo anterior y ante la inexistencia de pruebas idóneas sobre la documentación solicitada, esta Dependencia no expedirá constancia de trabajo ni récord de sueldos anteriores a dicha fecha” (fl. 48).

A folio 49 obra constancia en igual sentido, expedida el 18 de mayo de 1998 por el Jefe de Sección de Archivo.

A las anteriores documentales se anexó copia de la Resolución No. 0083 de 23 de febrero de 1993, expedida por el Contralor General del Departamento de Nariño, a través de la cual resolvió “dar de baja el material de desecho de los documentos que se especifican” en razón a que no pudieron ser recuperados por su deterioro total luego del incendio ocurrido en las oficinas de Archivo de la Contraloría General del Departamento el 30 de septiembre de 1988 (fl. 50).

Según constancia expedida por el Tesorero del Municipio de Mosquera, Nariño, el 5 de agosto de 1997, esa entidad era a la vez nominadora y pagadora para la época en que desaparecieron los archivos y documentos de los años anteriores al 11 de diciembre de 1979, fecha en que fueron destruidos por un terremoto que afectó toda la costa pacífica (fl. 52).

#### Tiempo de servicio certificado

1. A folio 68 obra certificación expedida el 30 de junio de 1995, por la Coordinación del Grupo de Administración de Documentos Adscrito a la Secretaría General de la Gobernación de Santander en la que consta que la actora desempeñó el cargo de Diputada de la Asamblea Departamental de Santander del 1 de octubre de 1976 al 30 de noviembre del mismo año y del 1 de octubre de 1977 al 30 de noviembre del mismo año. También se especificaron en esa documental las sumas que le fueron pagadas por concepto de salario y primas (fl.68).

La Coordinadora del Grupo de Administración de Documentos Adscrito a la Secretaría General de la Gobernación de Santander, a través de certificación expedida el 25 de mayo de 2005, hizo constar que la actora, en calidad de Diputada de la Asamblea de Santander, asistió a 20 sesiones en el año 1976 y a 15 sesiones en 1977 (fl.69).

2. El Secretario General de la Cámara de Representantes, a través de constancia expedida el 26 de febrero de 1997, certificó que la actora fue elegida Representante Suplente por la circunscripción electoral del Departamento de Santander para el período Constitucional 1978-1982. Prestó sus servicios desde el 8 de agosto de 1978 hasta el 1 de abril de 1981 y del 16 de septiembre al 26 de septiembre de 1981.

Fue elegida como Representante Principal para el período Constitucional 1982-1986, cargo que ejerció del 20 de julio de 1982 al 19 de julio de 1986 en forma ininterrumpida (fl.72).

El Secretario General de la Cámara de Representantes certificó que la actora, durante el período Constitucional de 1978-1982, asistió a 136 sesiones de 198, cuatro con excusa. En el período 1982-1986, asistió a 148 sesiones de un total de 200, 44 con excusa (fls. 73 y 78).

3. El Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en certificación expedida el 22 de marzo de 2005, hizo constar que la señora Lilyam Sarmiento de Santamaría laboró en ese Ministerio desde el 16 de junio de 1987, en el cargo de Consejero Económico en la Misión Permanente de Colombia ante la ONU, con sede en Nueva York. Del 18 de diciembre al 21 del mismo mes y año se le concedió licencia no remunerada. Del 14 de enero de 1988 al 14 de noviembre de 1990, desempeñó el cargo de Primer Secretario, grado Ocupacional 3EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Perú, encargada de las funciones Consulares en Lima (fl.87).

#### **ANALISIS DE LA SALA**

Como en el presente caso la actora pretende acceder a la pensión de jubilación acreditando tiempos de servicio a través de pruebas supletorias, la Sala procede a su estudio para luego, si es el caso, determinar el régimen pensional aplicable para efectos del reconocimiento de la prestación reclamada.

La actora pretende acreditar más de 12 años de servicio como servidora pública del Municipio de Mosquera, Nariño laborados entre los años 1952 y 1965. Aduce que es imposible allegar documento que acredite la prestación de esos tiempos porque el Archivo del Municipio fue destruido como consecuencia de un maremoto que afectó toda la Costa del Pacífico en el año 1979.

Afirmó que en la Contraloría Departamental de Nariño tampoco se encontró documento alguno que le permitiera demostrar el vínculo laboral con el Municipio

de Mosquera, porque el archivo de esta entidad fue destruido por un incendio ocurrido en septiembre de 1988.

Por lo anterior, atendió lo dispuesto en la Ley 50 de 1886 sobre prueba supletoria en caso de inexistencia total de prueba documental.

Prueba supletoria

Ley 50 de 1886 regula las eventualidades en las cuales los hechos que deben ser demostrados mediante documental, pueden ser objeto de prueba supletoria en forma excepcional, mediante la recepción de testimonios.

Los artículos 7, 8 y 9 de la citada Ley 50 de 1886, establecen lo siguiente:

“Art. 7.- No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar por documentos o por pruebas preestablecidas por la las leyes. Así los servicios de un militar, los cuales deben comprobarse con su hoja de servicios debidamente formada y calificada; los empleos que haya tenido un ciudadano, los cuales deben constar en los respectivos nombramientos; los servicios de un individuo que deben constar en los actos oficiales que ejecutara y de que debió quedar prueba escrita; y todos los hechos de la misma naturaleza, deben probarse con los respectivos documentos o sus copias auténticas”.

Art. 8.- En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al código militar, han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que puedan reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueden hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta, bien justificada, de pruebas preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican en el artículo siguiente. La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió.”.

Art. 9.- En todo caso que conforme a esta ley, al código militar o a cualquiera otra disposición haya de presentarse a cualquiera autoridad o empleado pruebas testimoniales relativas a hechos que funden derecho a obtener pensión, dichas pruebas serán desestimadas cuando no contengan, además de las condiciones generales de todo testimonio, las siguientes:

1ª Que el testigo de razón clara y precisa de su dicho o sea que exprese de qué modo tuvo conocimiento de los hechos sobre que declara; y que de esta expresión resulte que el testigo declara de sus propias y

directas percepciones, de forma que lo que él afirma sea lo que vio, oyó o en general percibió directamente;

2ª Respecto de los hechos crónicos que el testigo afirme, debe asimismo expresar si estuvo presente a todos los hechos que racionalmente dejan establecida la cualidad de crónicos de los hechos sobre que declara;

3ª Que el funcionario que recibe la declaración haga constar que él mismo la recibió personalmente oyéndola del testigo y haciendo a éste todas las preguntas conducentes a establecer el convencimiento de su veracidad y de su pleno conocimiento de los hechos que declara y distintamente afirma.

a) La negligencia del funcionario en hacer que la declaración llene las condiciones que aquí se exigen y las demás generales de todo testimonio, vicia la declaración.

b) Los funcionarios que en cualquier caso deban apreciar pruebas testimoniales en los asuntos de que trata la ley ó el Código Militar, para el efecto de conceder pensiones ó recompensas a cargo de la Nación, tienen el deber de examinar por sí mismos los testigos cuantas veces sea útil ó necesario, cuando éstos se hallen en el mismo lugar que aquellos funcionarios, ó, en caso contrario, comisionar á la más alta autoridad judicial ó política del lugar de la residencia de los testigos. El examen en este y en todo caso, no debe limitarse a las preguntas que hagan los interesados, sino que debe extenderse a todos los hechos y circunstancias que hagan conocer toda la verdad en la materia de que se trata, y respecto de las condiciones intelectuales y morales del testigo.

c) En todo caso estará presente al acto de las declaraciones el respectivo agente del Ministerio Público para que pueda hacer las preguntas que estime convenientes y para que vigile que el testimonio sea recibido con todas las formalidades y requisitos legales”.

De acuerdo con la normatividad en cita, la prueba testimonial al tenor del artículo 8 de la Ley 50 de 1886 sólo es admisible en caso de “falta absoluta, bien justificada, de pruebas preestablecidas y escritas”, y además de las condiciones generales de todo testimonio, debe llenar los requisitos descritos en el artículo 9º ibídem.

Atendiendo lo anterior, se recepcionaron las siguientes declaraciones y testimonios:

1. La señora Delia Isabel Ramírez de Acosta, rindió declaración ante el Notario Cuarto del Circulo de Pasto el 24 de abril de 1998, en presencia de un Delegado de la Personería Municipal de Pasto. Afirmó que tiene 67 años de edad, es viuda, con dos hijos y se dedica al comercio. Manifestó que conoció a la actora

cuando se desempeñaba como funcionaria de la Alcaldía Municipal hace muchísimos años porque le vendía las cosas que comerciaba en el pueblo; eran amigas y confidentes, la actora la visitaba con frecuencia porque quería mucho a sus dos hijos, que en esa época eran bebés. Vivieron en el mismo pueblo cerca de 15 años, después la declarante se radicó en Bogotá y la actora parece que se fue para Santander.

A la pregunta relacionada con el tiempo que laboró la actora en el Municipio respondió lo siguiente: “creo que trabajó unos 12 años o más, fue el tiempo comprendido entre los años 1952 y 1964 y 1965”. En relación con las funciones que desempeñaba manifestó que era empleada de la Alcaldía, “Liliam manejaba las cuentas del Municipio, era la que me avisaba que iban a pagar y entonces yo me ponía las pilas para que los demás empleados me paguen”.

“Ella manejaba todas las cuentas del Municipio, no recuerdo si era empleada de la Pagaduría o Tesorería, pero trabajaba en el Municipio mi vínculo era de amistad yo no era compañera de trabajo vivíamos en la misma población y nos hacíamos favores éramos amigas, (...) con el correr del tiempo me enteré que era política y creo que fue parlamentaria, también supe que se encontraba delicada de salud y hasta como que la atacan los reumas me han dicho que está en silla de ruedas.”.

2. El señor Alberto Rengifo Salazar rindió declaración en la Inspección de Policía del Municipio de Mosquera, Nariño, el 29 de agosto de 1997. Manifestó que tiene 74 años de edad, es residente del municipio y actualmente es agricultor. Afirmó que conoce a la actora hace más de 40 años cuando trabajaba en el Municipio “creo que era la que recibía y registraba todas las cuentas del Municipio porque yo tenía que ir con frecuencia a su oficina, se que trabajó mucho tiempo ahí, como unos 10 años más o menos. No recuerdo la fecha exacta en que dejé de verla, después supe que la habían trasladado”. Manifestó que la conoció porque atendía al público y todas las cuentas del Municipio (fl.60).

Cuando se le preguntó si recordaba donde vivía la actora respondió que eso fue hace muchos años y no recuerda la dirección pero “se que vivía muy cerca de la oficina, en varias oportunidades la acompañé a pie hasta su casa.(...) mucho tiempo después por las noticias supe que era política”.

- El señor Rengifo amplió su declaración el 9 de febrero de 1998, ratificando lo dicho en la anterior y aclaro lo siguiente (fl.66): “aclaro que conozco a la señora Lilyam Sarmiento de Santamaría desde hace más de cuarenta (40) años, y me consta que fue empleada del Municipio durante cerca de diez (10) años, aproximadamente de 1952 a 1964, el mes exacto de cuando empezó a trabajar no lo recuerdo y cuando terminó tampoco, pues de esto hace mucho tiempo, hace más de treinta años, pero lo que si recuerdo es que fueron más de diez (10) años y que ella era la persona encargada de recibir y manejar las cuentas del Municipio, la que las recibía cuando uno las presentaba y luego ella misma le informaba a uno en qué estaba la cuenta”.

- En cumplimiento del Despacho Comisorio librado por el A quo, el Juez Promiscuo Municipal de Mosquera, Nariño, recepcionó la declaración del señor Rengifo Salazar el 21 de enero de 2009 (fl.132). Manifestó que conoció a la actora cuando estuvo trabajando en el Municipio hace más de 40 años. “Ella se vinculó en el año 1952 un año después del nacimiento de mi hijo mayor y la conocí hasta el año 1964, trabajando en el Municipio de Mosquera Nariño, al poco tiempo la trasladaron a otro Municipio desde esa fecha no la he mirado más (...) Desempeñó el cargo de REVISORA DE LAS CUENTAS DEL MUNICIPIO DE Mosquera, Nariño”. Afirmó que fue atendido por ella porque era quien le pagaba y recibía su dinero “por cuanto era guarda de renta en el Municipio (...). Por motivo del maremoto que ocurrió en el año 1979 que los documentos se extraviaron por cuanto la Alcaldía Municipal de Mosquera, Nariño, se destruyó”.

3. El señor Francisco Cifuentes, también rindió declaración en la Inspección de Policía del Municipio de Mosquera, Nariño, el 29 de agosto de 1997. Manifestó tener 56 años de edad, ser residente del Municipio y actualmente es carpintero. Afirmó que conoció a la actora en el año 59 cuando era trabajadora del Municipio porque él llevaba papeles a su oficina cuando “hacía diferentes vueltas tenía que radicar cuentas de cobro a su oficina y después volvía a preguntar que había pasado con ellas, con las cuentas”. Al preguntársele si sabía donde vivía respondió lo siguiente: “Como hasta el año 62 o 63 la ví en su puesto de la Alcaldía la casa no se exactamente donde era, pero se que vivía muy cerca en varias oportunidades conversé con ella era muy conocida en el pueblo.” (fl.62).

- En la declaración rendida ante el Juez Promiscuo del Municipio de Mosquera (Nariño), el señor Cifuentes dice que conoció a la actora en el año 1959



cuando se desempeñaba como revisora del Municipio de Mosquera, hasta el año 1962 que se fue del pueblo y ella continuó en el cargo. Fue atendido por la actora porque fue Concejal del Municipio de Mosquera. No le dieron certificación laboral porque el terremoto del año 1979 destruyó los archivos de la Alcaldía (fl.134).

4. El señor Marino Salazar, rindió declaración el mismo día. Manifestó que tiene 53 años de edad y es empleado público. Conoció a la actora en el año 1960 porque era amiga de su familia y sabía que trabaja en el Municipio desde hace 10 años. “La conocí por amistad con la familia, ella almorzaba seguido en mi casa y tenía un puesto muy importante en el municipio porque era la que decía a todo el mundo como era que se tramitaban las cuentas de cobro con la Alcaldía, ella sabía mucho según uno la escuchaba conversar (...) era la que se entendía con todo el manejo y registro de las cuentas del Municipio y que desempeñó ese cargo por muchos años, tenía mucha experiencia”. Al preguntársele si sabía donde residía manifestó que no lo recordaba pero sí sabe que residía en el perímetro del Municipio y “era muy amiga de mi casa” (fl. 64).

- Ante el Juez Promiscuo del Municipio de Mosquera, Nariño, afirmó que conoció a la actora hace 62 años porque almorzaba en su casa “laboro en este Municipio hasta el año de 1965 (...) era la revisora del Municipio.. me atendió porque yo trabajaba como fiscal en el Municipio y ella revisaba las cuentas que me pagaba el Municipio”. No le dieron certificación laboral porque los archivos del Municipio se perdieron en el Maremoto del año 1979 y el Edificio de la Contraloría Departamental se incendió en 1988 (fl.133).

#### Valoración del acervo probatorio

Los declarantes coinciden en afirmar que la actora laboró en el Municipio de Mosquera, Nariño, como pagadora y ordenadora de las cuentas municipales y los atendió a todos cuando acudían a su oficina para tramitar algún pago.

Ninguno de los declarantes recuerda donde vivía la demandante pese a la “amistad” y el conocimiento que tuvieron durante más de 12 años, y que se trataba de un pueblo pequeño donde “casi todo el mundo se conocía<sup>1</sup>”. Tampoco se refirieron a los hechos narrados en el recurso de apelación según los cuales el

---

<sup>1</sup> Declaración del señor Francisco Cifuentes visible a folio 62 del expediente

esposo de la actora también trabajaba en esa localidad en la Secretaría de Agricultura del Departamento y que fue por esa razón que se trasladaron a esa población.

No se allegó documento alguno que demostrara la residencia de la actora en el Municipio de Mosquera, Nariño, y tampoco la de su esposo, con quien vivió durante los años 1952 a 1965, según lo afirmado en la apelación.

Todos los declarantes coinciden en afirmar que la actora los atendió en calidad de Pagadora del Municipio “era revisora<sup>2</sup>” y “tramitaba las cuentas de cobro con la Alcaldía” y “revisaba las cuentas que me pagaba el Municipio<sup>3</sup>”, sin embargo no se recurrió a “documentos que puedan reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos<sup>4</sup>” como por ejemplo recibos o comprobantes de pago archivados por otras entidades públicas o personas naturales o jurídicas que adviertan que para esa época se encargaba de las cuentas municipales.

Para la época en que la actora afirma que inició el vínculo laboral con el Municipio de Mosquera, Nariño, año 1952<sup>5</sup>, contaba con 18 años de edad y dos de los declarantes con 8 y 13 años de edad, por lo se deduce que no tuvieron conocimiento directo de los hechos narrados (fls. 62 y 64).

La demandante no expresó de manera precisa el tiempo que duró su vinculación laboral con el Municipio de Mosquera, Nariño, se limitó a afirmar que inició en el año 1952 y terminó en 1965 sin especificar fechas y las declaraciones tampoco permiten deducir cuando inició y terminó el vínculo laboral.

Todo lo anterior evidencia que las documentales allegadas al proceso no llevan al convencimiento de los hechos expuestos por la actora y en tal sentido no es posible incluir el tiempo supuestamente laborado entre los años 1952 a 1965, que evidentemente es indeterminado, para efectos de ordenar el reconocimiento pensional reclamado por la actora.

---

<sup>2</sup> Declaración del señor Francisco Cifuentes visible a folio 134 del expediente

<sup>3</sup> Declaración del señor Marino Salazar visible a folio 133 del expediente

<sup>4</sup> Texto del Artículo 8 de la Ley 50 de 1886.

<sup>5</sup> La Mayoría de edad en Colombia era a los veintiún años. En el año 1975 se reformó la Constitución en el sentido de fijar la mayoría de edad a los 18 años.

Así, el tiempo de servicio acreditado en el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores suma 10 años y 21 días, más la proporción del desempeñado como Diputada de la Asamblea del Departamento de Santander en los años 1976 y 1977, que no alcanza a sumar los 20 años que exige la ley para efectos del reconocimiento pensional y por tanto no es posible acceder a la prestación reclamada.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a determinar la fecha a partir de la cual procede la indemnización sustitutiva en razón a que la apelante afirma que la misma debe “generar unos rendimientos desde el momento mismo en que fueron depositados<sup>6</sup>”.

#### Causación de la indemnización sustitutiva

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, prevé el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los siguientes términos:

“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.”.

De acuerdo a la norma en cita, la indemnización sustitutiva de la pensión se causa cuando la persona cumple la edad mínima pensional sin cumplir las cotizaciones mínimas para acceder a la prestación y acredita “la imposibilidad de continuar cotizando”.

En el presente caso se encuentra acreditado que la demandante le solicitó a Cajanal el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 18 de julio de 2005 declarando, a través de apoderado, “que se haya en imposibilidad de continuar cotizando para el seguro de invalidez, vejez y muerte” (fl.2 del cuaderno 2).

Para la fecha en que declaró la imposibilidad de seguir cotizando contaba con 71 años de edad y acreditaba aportes para pensión por más de 10 años laborados en

---

<sup>6</sup> Recurso de apelación, folio 316

entidades públicas como el Departamento de Santander, el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, donde cotizó a Cajanal hasta el 14 de noviembre de 1990, fecha de su retiro del servicio.

A pesar de lo anterior, Cajanal le negó el reconocimiento a la indemnización aduciendo que los aportes fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones desconociendo el principio de favorabilidad de la ley y la protección especial de que gozan las personas de la tercera edad de que tratan los artículos 46 y 53 de la Constitución Política.

Respecto a la aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sentencia T-849A de 24 de noviembre de 2009, M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, afirmó lo siguiente:

“(…) 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 hubieran consolidado. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar:

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

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

Lo anterior permite concluir que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumpla la edad para obtener la pensión de vejez pero no cumple el

mínimo de semanas exigidas antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, en aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la Ley 100 de 1993, se ordenará el reconocimiento de la indemnización sustitutiva causada el 18 de julio de 2005, fecha en que la actora optó por manifestar la imposibilidad de seguir cotizando y por tanto la Entidad demandada debió proceder a liquidarla teniendo en cuenta los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001<sup>8</sup>.

En tal sentido, la suma a pagar por concepto de indemnización sustitutiva al 18 de julio de 2005 deberá ser actualizada a valores actuales conforme a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., tal como lo dispuso el A quo.

En relación con la solicitud de pago de los “rendimientos” de las cotizaciones “que se generan desde el momento mismo en que fueron depositados”, dirá la Sala que no es procedente su reconocimiento porque el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, no establece dicho reconocimiento.

Lo anterior en razón a que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los servidores públicos no hacían aportes para pensión en un Fondo creado para dicho fin, sino que se les deducía una cuota equivalente al 5% del salario para atender las prestaciones por muerte, maternidad y pensiones<sup>9</sup>. Atendiendo tal

---

<sup>7</sup> En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 19 de febrero de 2009. Radicación No.25000-2325-000-2005-05429-02(0720-08). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>8</sup> Texto del artículo 3. “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 (...) 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.”.

<sup>9</sup> La Ley 6 de 1945, que autorizó la creación de la Caja de Previsión Social, determinó en el artículo 20 que el capital de ésta estaría conformado, entre otros, con un aporte equivalente al tres por ciento (3%) mensual de los sueldos de los empleados nacionales de cualquier clase, cubierto por éstos. Posteriormente, la Ley 4 de 1966, en el artículo 2, literal b) determinó que sería “el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes”.

situación, el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 determina expresamente que en estos casos “se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada”.

Por las razones expuestas, el fallo apelado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda deberá ser confirmado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

Confírmase la providencia de 23 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por la señora LILYAM SARMIENTO DE SANTAMARIA contra Cajanal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ