

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ - Requisitos. Regulación. Limitación / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Objeto / AFILIADOS - Definición. Grupos de personas que la integran

La Ley 100 de 1993 creó en su artículo 37 el derecho a recibir una indemnización sustitutiva para aquellas personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no alcanzaren a cotizar el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando. Esta figura emergió en atención a los principios orientadores del Sistema General de Seguridad Social Integral, cuales son la universalidad, integridad y unidad, todo con el fin de proteger a la población y en especial la perteneciente a la tercera edad. Por su parte, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES Y PRESTACIONES QUE SE DETERMINAN EN LA REFERIDA LEY 100, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones (artículo 10 ibídem). De igual forma, la citada Ley de Seguridad Social Integral estableció en su artículo 11 que el Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279, "(...) se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional. En ese orden, la Sala considera que si el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, rige a partir de su publicación y salvaguardó los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas; la exigencia de ser afiliado al mismo para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, riñe con los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral y con el objetivo del Sistema General de Pensiones arriba transcritos, por cuanto afiliado, según la definición que trae el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son aquellas personas a) vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, b) las que presten sus servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, c) los trabajadores independientes y d) los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. Además, algunas personas pueden afiliarse voluntariamente al Sistema General de Pensiones como los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o cualquier otro.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 15 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 37

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4640 DE 2005 INCISO 1 Y LITERAL A; DECRETO 1730 DE 2001 INCISO PRIMERO LITERAL A

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ - Nulidad parcial del inciso 1 Letra a del artículo 1 del Decreto 4640 de 2005 y letra a del Decreto 1720 de 2001 / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Violatoria de principios y derechos constitucionales al exigir el requisito de ser afiliado a este beneficio / INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ - La exigencia de ser afiliado al sistema general de pensiones no es requisito para obtener este derecho

Son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo. Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad. No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva. Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuentemente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 13

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4640 DE 2005 INCISO 1 Y LITERAL A;
DECRETO 1730 DE 2001 INCISO PRIMERO LITERAL A

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ - Requisitos. Retiro del servicio habiendo cumplido la edad pensional

Ahora bien, en cuanto a la supuesta otra exigencia contenida en la letra a) consistente en retirarse del servicio habiendo cumplido la edad pensional, encuentra la Sala que respecto de tal situación ya se efectuó un estudio de legalidad por parte de esta Sección, dentro de la demanda de nulidad del literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, y en el que se precisó: “Una lectura desprevenida del texto que incluye el aparte acusado en nulidad, a primera vista parece indicar que se requiere que el afiliado una vez cumpla la edad pensional se debe retirar del servicio- para poder gozar de la indemnización reglada- o sea, que debe cumplir la edad pensional estando en servicio, con lo cual no podría adquirir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez si se ha retirado antes de cumplir la edad pensional. El texto reglado- Art. 37 de la Ley 100/93-, por el acto acusado parcialmente en este caso- Literal a del Art. 1º del Dcto. R. 1730/01-, como ya se expresó en ningún momento exige que el afiliado cumpla la edad pensional estando en servicio y, por lo tanto, la norma reglamentaria no puede tener dicho alcance o consagrar tal exigencia. Pero, como la ley exige – fuera de

tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización. En efecto, si el afiliado CONTINUA EN SERVICIO, lógico es que CONTINUE COTIZANDO y de esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 37

NOTA DE RELATORIA: Respecto del Literal a) del artículo 1 del Decreto 1730 de 2001, ya se había realizado un estudio de legalidad, dentro de la sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 3299-02, MP. Tarcisio Cáceres Toro.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4640 DE 2005 INCISO 1 Y LITERAL A; DECRETO 1730 DE 2001 INCISO PRIMERO LITERAL A

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07)

Actor: PEDRO NEL RIVEROS GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Conoce la Sala en única instancia la acción de simple nulidad instaurada por PEDRO NEL RIVEROS GÓMEZ contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

DEMANDA

La parte actora, en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del inciso primero y el literal a) del **Decreto 4640 de 2005**, *“Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001”*, que reglamentó los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993. Pide hacer extensivas las pretensiones de esta demanda al inciso primero y al literal a) del **Decreto 1730 de 2001**.

El texto del acto acusado fue aportado por el demandante y aparece visible a folio 4 vto.

Alega que la disposición demandada infringe de manera directa normas de rango constitucional y legal, porque se extralimita en su actividad gubernamental, al estatuir exigencias no contempladas en la Ley.

Señala que la Ley 100 de 1993, establece el beneficio de la indemnización sustitutiva (artículo 37 ibidem) a favor de todas 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; por el contrario, el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, pretende someter el citado beneficio a dos exigencias adicionales, a saber: a) tener la calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones y b) retirarse del servicio habiendo cumplido con la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Advierte que por contener tales exigencias extralegales, la norma reglamentaria que se acusa contraría los artículos 84, 150 y 189, numeral 11, de la Constitución Política de Colombia.

Manifiesta que el ámbito de acción del Sistema de Seguridad Social está encaminado a la cobertura de la totalidad de los ciudadanos, para que tengan acceso, en todas sus modalidades, a la seguridad social, entre ellas a la indemnización sustitutiva de pensión.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 16 de agosto de 2007 (fl. 26) se admitió la demanda, se notificó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio Público y, de conformidad con el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, al Ministro de Protección Social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto de apoderado, contestaron la demanda en la oportunidad procesal, oponiéndose a las pretensiones de la misma y esgrimiendo los mismos argumentos como fundamento de su defensa, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

Frente al cargo de tener la calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones para poder solicitar la indemnización sustitutiva, traen a colación un fallo proferido por el Consejo de Estado al estudiar el Decreto 1730 de 2001, en donde se dijo que para solicitar la prestación en comento se debe estar dentro de los supuestos que trae la Ley 100 de 1993, pues no basta solicitar la aplicación de la figura indemnizatoria, sino que haya ingresado al sistema que lo contempla, lo contrario, sería interpretar retroactivamente las disposiciones consagradas en dicha Ley, máxime si se trata de casos de afiliados que no ingresaron al sistema.

Consideran que la expresión contenida en el literal acusado no dice que el afiliado que deje de trabajar y por ende de cotizar al sistema general de pensiones antes de cumplir con la edad, pierda el derecho a la indemnización sustitutiva; está, eso sí, a la espera de que ese hecho futuro e incierto suceda, de conformidad con lo establecido en el artículo 1530 del Código Civil.

ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer un estudio acerca de la facultad reglamentaria que ostenta el Presidente de la República en virtud del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pidió que se despachen en forma favorable las súplicas de la demanda.

Consideró que la norma acusada impone una condición que no contempla la figura que reglamenta, cual es que sólo los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen derecho a la indemnización sustitutiva, aspecto formal que no puede prevalecer sobre los derechos sustanciales de las personas.

Para sustentar lo anterior, citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 26 de octubre del 2006, Expediente, 4109/04 MP. Jaime Moreno García, en donde se dijo que una persona que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 **no estaba vinculada al servicio público**, podía reclamar la indemnización sustitutiva de que habla el artículo 37 de la citada Ley, si cumplía los requisitos en ella contemplados, por cuanto la misma no exigió como presupuesto, **estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio.**

Se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar se dirá que si bien en la demanda se solicita la nulidad del primer inciso del artículo 1º y su letra a), lo cierto es que su ataque se encamina a las exigencias que, a su juicio, contempló la norma reglamentaria cuando señaló que la causación del derecho a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida en la citada Ley 100, opera **i) para quienes tienen la calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones, y ii) se retiren del servicio habiendo cumplido con la edad pensional.**

Para establecer si la norma acusada desbordó la potestad reglamentaria al consagrar dichas exigencias, la Sala pone de presente la disposición reglamentada y la reglamentaria, así:

<p>ART. 37 de la Ley 100/93:</p> <p><i>“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”.</i></p>	<p>ART. 1º del Decreto 4640/05:</p> <p><i>“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, <u>cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:</u> a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;</i></p>
--	---

Como puede observarse, la Ley 100 de 1993 creó en su artículo 37 el derecho a recibir una indemnización sustitutiva para aquellas **personas** que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no alcanzaren a cotizar el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

Esta figura emergió en atención a los principios orientadores del Sistema General de Seguridad Social Integral, cuales son la universalidad, integridad y unidad, todo con el fin de proteger a la población y en especial la perteneciente a la tercera edad.

Por su parte, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, **MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES Y PRESTACIONES QUE SE DETERMINAN EN LA REFERIDA LEY 100**, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones (artículo 10 ibídem).

De igual forma, la citada Ley de Seguridad Social Integral estableció en su artículo 11 que el Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279, “(...) *se aplicará a **todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los*

requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”(Destaca la Sala)

En ese orden, la Sala considera que si el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a **todos los habitantes del territorio nacional**¹, rige a partir de su publicación y **salvaguardó los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas**²; la exigencia de ser afiliado al mismo para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, riñe con los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral y con el objetivo del Sistema General de Pensiones arriba transcritos, por cuanto afiliado, según la definición que trae el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son aquellas personas **a)** vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, **b)** las que presten sus servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, **c)** los trabajadores independientes³ y **d)** los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales⁴.

Además, algunas personas pueden afiliarse voluntariamente al Sistema General de Pensiones como los extranjeros **que en virtud de un contrato de trabajo** permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o cualquier otro⁵.

¹ Artículo 11

² Artículo 289

³ Ley 100, artículo 15, modificado por la Ley 797, artículo 3º

⁴ Ley 100, artículos 25 a 30.

⁵ Concordancia Artículo 9 del Decreto 692 de 1994

De manera que son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo.

Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad.

No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas **con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.**

Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como

aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva.

Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuencialmente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta otra exigencia contenida en la letra a) consistente en retirarse del servicio habiendo cumplido la edad pensional, encuentra la Sala que respecto de tal situación ya se efectuó un estudio de legalidad por parte de esta Sección, dentro de la demanda de nulidad del literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, y en el que se precisó:

*“Una lectura desprevenida del texto que incluye el aparte acusado en nulidad, **a primera vista parece indicar** que se requiere que el afiliado una vez cumpla la edad pensional se debe retirar del servicio- para poder gozar de la indemnización reglada- o sea, que debe cumplir la edad pensional estando en servicio, con lo cual no podría adquirir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez si se ha retirado antes de cumplir la edad pensional.*

*El texto reglado- Art. 37 de la Ley 100/93-, por el acto acusado parcialmente en este caso- Literal a del Art. 1º del Dcto. R. 1730/01-, como ya se expresó en ningún momento exige que el afiliado cumpla la edad pensional estando en servicio y, por lo tanto, **la norma reglamentaria no puede tener dicho alcance o consagrar tal exigencia.***

*Pero, como la ley exige – fuera de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- **que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque **no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización.** En efecto, si el afiliado CONTINUA EN SERVICIO, lógico es que CONTINUE COTIZANDO y de esa manera, no se cumple el requisito***

legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio.”⁶

En ese sentido, la Sala se remitirá a los argumentos expuestos en el citado fallo, para denegar la nulidad deprecada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

DECLÁRASE LA NULIDAD del término “*afiliados*” y “*afiliado*” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y en la letra a) del Decreto 1730 de 2001, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

⁶ Radicación No: 11001-03-25-000-2002-0168-01, actor JULIO CESAR CARRILLO GUARIN, M.P. Dr.Tarcisio Cáceres Toro

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4640 DE 2005 INCISO 1 Y LITERAL A;
DECRETO 1730 DE 2001 INCISO PRIMERO LITERAL A

SALVAMENTO DE VOTO

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA - Causación del derecho / AFILIADO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES - Definición. No se pierde por no seguir cotizando / REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - No hay indemnización sustitutiva sino devolución de saldos / AFILIADO INACTIVO EN PENSIONES - Concepto

Considero, que los términos afiliado y afiliado del Decreto 4640 de 2005 no debieron ser anulados porque el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por la situación prevista en el literal a) requiere necesariamente que el solicitante esté afiliado al sistema de seguridad social en pensiones dado que, conforme con el artículo 15 de la Ley 100 de 1995, son afiliados en forma obligatoria, entre otros, “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios”. Lo anterior significa que quien se retire del servicio tiene que estar obligatoriamente afiliado al sistema de pensiones para que la entidad que corresponda, sea el Instituto de Seguros Sociales o las Cajas de Previsión le reconozcan la indemnización sustitutiva si cumple los demás presupuestos a que hace alusión la norma. Cuando la afiliación es a una Administradora de Fondos de Pensiones, por tratarse de entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad, no se configura la indemnización sustitutiva sino la devolución de saldos. Y es que la afiliación considerada como el vínculo que se establece entre la entidad administradora y el afiliado, constituye la fuente de los derechos y obligaciones en el sistema. La legislación que hace referencia al sistema general de pensiones ha previsto que la afiliación tiene carácter permanente y, conforme con lo previsto en el Decreto 692 de 1994 (art. 13), es independiente del régimen que se seleccione y, adicionalmente, no se pierde por no seguir cotizando. Por eso, denomina “afiliados inactivos” a aquellas personas que hayan dejado más de seis meses sin cotizar; sin embargo, sus aportes siempre se tomarán en cuenta para el reconocimiento de los derechos y prestaciones de carácter pensional a que haya lugar. Por las razones anotadas, las expresiones declaradas nulas no limitan el campo de aplicación de las personas que pretendan ser beneficiarias de la indemnización sustitutiva y, en

consecuencia, no resultan contrarias al artículo 11 de la Ley 100 de 1993, ni excluyen de tal beneficio a quienes a la entrada en vigencia de la referida ley no se encontraban prestando sus servicios en calidad de trabajadores dependientes o independientes, como señala el fallo del cual me aparto, pues dichas personas, como ya se anotó, siguen siendo consideradas por la ley como afiliados.

**INDEMNIZACION SUSTITUTIVA EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -
Procede solo respecto de períodos cotizados y estos pueden ser anteriores
o posteriores a la ley 100 de 1993**

Otro aspecto que cabe destacar, y que no aborda el fallo del cual me aparto, es el interrogante jurídico de si se causa indemnización sustitutiva de la pensión (sea de vejez, invalidez o sobrevivientes) por los períodos en que no hubo cotizaciones a ninguna entidad del sistema de seguridad social, es decir, si se puede reclamar dicha prestación directamente a los empleadores, sean públicos o privados. Al respecto, estimo que la respuesta debe ser negativa por cuanto la indemnización sustitutiva del régimen de prima media sólo es exigible de las entidades del sistema pensional puesto que los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100/93 prevén como requisito para acceder a la misma que se hayan efectuado cotizaciones, las cuales, no necesariamente deben ser posteriores a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, sino que, pueden ser anteriores, teniendo en cuenta que la referida prestación ha existido desde los reglamentos del I.S.S. anteriores a la Ley 100 y, respecto a las Cajas de Previsión, dicha indemnización se puede reclamar desde la Ley 100 incluyendo todo el tiempo aportado a éstas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07)

Actor: PEDRO NEL RIVEROS GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

De manera respetuosa presento mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Sección en sentencia de 11 de marzo de 2010 dentro del expediente de la referencia, en cuanto declaró la nulidad de los términos “*afiliados*” y “*afiliado*” contenidos en el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005 y en el literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.

Para exponer las razones que me llevan a salvar el voto, debo hacer mención inicialmente al Decreto 1730 de 2001 que en su artículo 1º previó:

“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 con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

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

La exigencia establecida en la parte que se resalta implicaba desconocer aquellas situaciones generadas antes del 1º de abril de 1994 (por regla general), en contravía con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y de los principios orientadores de la seguridad social.

Con la expedición del Decreto 4640 de 2005, se eliminó la anterior restricción al disponer lo siguiente:

“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” (...).*

Considero, por tanto, que los términos que se resaltan del Decreto 4640 de 2005 no debieron ser anulados porque el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por la situación prevista en el literal a) requiere necesariamente que el solicitante esté afiliado al sistema de seguridad social en pensiones dado que, conforme con el artículo 15 de la Ley 100 de 1995, son afiliados en forma obligatoria, entre otros, “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios”.

Lo anterior significa que quien se retire del servicio tiene que estar obligatoriamente afiliado al sistema de pensiones para que la entidad que corresponda, sea el Instituto de Seguros Sociales o las Cajas de Previsión le reconozcan la indemnización sustitutiva si cumple los demás presupuestos a que hace alusión la norma. Cuando la afiliación es a una Administradora de Fondos de

Pensiones, por tratarse de entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad, no se configura la indemnización sustitutiva sino la devolución de saldos.

Y es que la afiliación considerada como el vínculo que se establece entre la entidad administradora y el afiliado, constituye la fuente de los derechos y obligaciones en el sistema. La legislación que hace referencia al sistema general de pensiones ha previsto que la afiliación tiene carácter permanente y, conforme con lo previsto en el Decreto 692 de 1994 (art. 13), es independiente del régimen que se seleccione y, adicionalmente, no se pierde por no seguir cotizando. Por eso, denomina “afiliados inactivos” a aquellas personas que hayan dejado más de seis meses sin cotizar; sin embargo, sus aportes siempre se tomarán en cuenta para el reconocimiento de los derechos y prestaciones de carácter pensional a que haya lugar.

Por las razones anotadas, las expresiones declaradas nulas no limitan el campo de aplicación de las personas que pretendan ser beneficiarias de la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, no resultan contrarias al artículo 11 de la Ley 100 de 1993, ni excluyen de tal beneficio a quienes a la entrada en vigencia de la referida ley no se encontraban prestando sus servicios en calidad de trabajadores dependientes o independientes, como señala el fallo del cual me aparto, pues dichas personas, como ya se anotó, siguen siendo consideradas por la ley como afiliados.

Otro aspecto que cabe destacar, y que no aborda el fallo del cual me aparto, es el interrogante jurídico de si se causa indemnización sustitutiva de la pensión (sea de vejez, invalidez o sobrevivientes) por los períodos en que no hubo cotizaciones a ninguna entidad del sistema de seguridad social, es decir, si se puede reclamar dicha prestación directamente a los empleadores, sean públicos o privados. Al respecto, estimo que la respuesta debe ser negativa por cuanto la indemnización sustitutiva del régimen de prima media sólo es exigible de las entidades del sistema pensional puesto que los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100/93 prevén como requisito para acceder a la misma que se hayan efectuado cotizaciones, las cuales, no necesariamente deben ser posteriores a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, sino que, pueden ser anteriores, teniendo en cuenta que la referida prestación ha existido desde los reglamentos del I.S.S. anteriores a la Ley 100 y, respecto a las Cajas de Previsión, dicha indemnización se puede reclamar desde la Ley 100 incluyendo todo el tiempo aportado a éstas.

Por las razones anteriores, concluyo que no ha debido declararse la nulidad de las expresiones demandadas dado que, como se puede deducir de lo expuesto en este escrito, la misma no produce un impacto específico en la legislación del sistema pensional.

GERARDO ARENAS MONSALVE