

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Tribunal de origen:	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.	Identificación de la sentencia:	11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07).	Ponente:	No se encuentra referenciado.
Tipo de acción o recurso:	Nulidad	Tipo de decisión:	Declara la nulidad		
Norma demanda:	Decreto 4640 de 2005, 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, <u>cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones</u> estén en una de las siguientes situaciones: 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 (...)				
Hechos relevantes:	No aplica				
Clase de interpretación:	Interpretación del acto jurídico demandado a la luz de la Constitución	Sustentación normativa:	Ley 100 de 1993, artículos 11 , 15 , 37 ; Decreto 1730 de 2001, numeral 1o, literal a		
Precedentes a Considerar:	Consejo de Estado, Radicación No: 11001-03-25-000-2002-0168-01, C.P. Tarcisio Cáceres Toro	Decisiones posteriores a considerar:	No aplica		
Tema:	Indemnización sustitutiva				
Subtema:	No aplica				

ANÁLISIS DEL CASO.

PROBLEMA JURÍDICO.

¿Quiénes pueden solicitar una indemnización sustitutiva?

REGLA.

Pueden solicitarla todos los habitantes del territorio nacional, que cumplan los requisitos establecidos en la ley. La indemnización sustitutiva no está consagrada exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993, ya que el sistema de la ley [100](#) de 1993, ampara a toda la población 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. Ahora, para que

una persona pueda pedir la indemnización, a parte de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez, si bien no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional tenga que estar en servicio, si lo está, debe retirarse para poder reclamar la indemnización sustitutiva, porque no es posible continuar en servicio sin cotizar y a la vez obtener la mencionada indemnización.

RATIO DECIDENDI [TEXTUAL].

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.

“(…) 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. (...) 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. (...)”

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA. REQUISITOS.

“(…) 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.” (...)

PARTE RESOLUTIVA.

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.

SALVAMENTO O ACLARACIÓN DE VOTO.

Ninguno.

ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS.

OBITER DICTA [TEXTUAL].

Ninguno.



