

RECONOCIMIENTO A CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE LA SUSTITUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - No requiere que los aportes sean anteriores a la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – Requisitos / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -Aplicación

Hay lugar a recibir en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que al llegar a la edad pensional no alcanzaron a colmar el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación pero que cotizaron a una entidad de previsión. (...). Para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es dable exigir que el cumplimiento de la edad para adquirir la pensión se dé durante la vinculación laboral, ni mucho menos que las cotizaciones para pensión se hayan realizado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social (1 de abril de 1994). (...). La entidad le negó el derecho, por medio de Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, del gerente general, con el argumento de que «teniendo en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue creada para el servidor público por la ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta indemnización al peticionario toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho éste que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solicitada» (. ..) En este orden de ideas, la Sala de decisión arriba al convencimiento que le asiste razón jurídica a la actora en su reclamación — en su condición de cónyuge supérstite del [causante, pues advierte la inobservancia de normas y precedentes jurisprudenciales que cobijaban a su esposo, con desconocimiento del derecho a obtener su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a haber acreditado a la presentación de su solicitud (29 de mayo de 2008) que (i) superaba la edad para la adquisición de una pensión de jubilación— contaba con 70 años de edad—, ya sea bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (55 años) o de la Ley 71 de 1988 (60 años), (ii) no alcanzó el tiempo mínimo de servicios cotizados para la adquisición de la pensión de jubilación, pues tan solo laboró 16 años, 7 meses y 6 días, y (iii) declaró su imposibilidad de seguir cotizando para lograr un derecho pensional. (...). Así las cosas, si bien es cierto que el finado esposo de la accionante hizo aportes a pensión únicamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, también lo es que, en virtud del principio de favorabilidad, esta última tiene derecho a que le sea reconocida, en su calidad de cónyuge supérstite, la indemnización sustitutiva en consideración a dichas contribuciones y de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1730 de 2001

NOTA DE RELATORÍA: La no vinculación del servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1003 no implica para el servidor público el retiro del sistema pensional, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de octubre de 2006; Sobre la procedencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 14 de abril de 2005, radicación: 0477-03, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero. En relación con la no exigencia del requisito de fidelidad al sistema de seguridad social integral para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, ver: Corte constitucional, sentencia de tutela T-529 de 2009.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 37 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 151 / DECRETO 1730 DE 2001 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1730 DE 2001 – ARTÍCULO 4 / LEY 33 DE 1985 –

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00452-01(3433-14)

Actor: MARÍA GLORIA DUQUE DE ROBAYO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN, HOY UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Indemnización sustitutiva de pensión de vejez

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia de 29 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en descongestión (sección segunda, subsección E), que accedió a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 45-51). La señora María Gloria Duque de Robayo, por conducto de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Caja Nacional de Previsión en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) La actora aspira a que se declare la nulidad de las Resoluciones 6750 de 26 de febrero de 2009, del gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social, por la que se le negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al finado Luis Jaime Robayo Rodríguez, y PAP 23805 de 29 de octubre de 2010, del liquidador de esta institución, que resolvió de manera negativa un recurso de reposición interpuesto contra la primera de estas.

2) Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en beneficio del fallecido señor Luis Jaime Rodríguez Robayo o de su cónyuge sobreviviente señora María Gloria Duque de Robayo.

3) Que la liquidación de la anterior condena se efectúe conforme al artículo 179 del CCA.

4) Que se dé cumplimiento a la sentencia según los artículos 176 y 177 del CCA.

1.1.2 Fundamentos fácticos. Relata la actora que el finado señor Luis Jaime Robayo Rodríguez contrajo matrimonio con ella, cuya unión perduró más de 48 años hasta el día de su muerte (21 de julio de 2009); y, por conducto de apoderado, él solicitó el reconocimiento y pago de su indemnización sustitutiva de pensión de vejez ante la ya liquidada Caja Nacional de Previsión Social, que, por medio de Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, resolvió de manera desfavorable la petición, y la cual fue confirmada por Resolución PAP 23805 de 29 de octubre de 2010, al decidir un recurso de reposición interpuesto en su contra, por considerar que si bien la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue creada para el servidor público por la Ley 100 de 1993 y reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, su desvinculación del servicio oficial se surtió cuando esta no estaba en vigor.

Igualmente, manifiesta que la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-99 de 8 de febrero de 2008, le amparó a su esposo sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y ordenó al departamento de Cundinamarca reconocer y pagar en su favor una indemnización sustitutiva.

Y en cumplimiento de ello, la dirección de pensiones de la secretaría de hacienda de Cundinamarca profirió la Resolución 414 de 18 de abril de 2008, en la que reconoció la referida indemnización, pero en la liquidación se limitó a tener solo en cuenta las cotizaciones realizadas mientras prestó sus servicios a la entidad territorial, es decir, a la asamblea de Cundinamarca y la secretaría de gobierno de dicho departamento, y no de las otras entidades del orden nacional donde trabajó; por tal razón, demanda de la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados las siguientes: artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política; 13 y 37 de la Ley 100 de 1993; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), y la sentencia T-99, de 8 de febrero de 2008, de la Corte Constitucional.

El concepto de la violación descansa, en esencia, en que las actuaciones siempre deben consultar el contenido de los artículos 13 y 29 de la Carta Política; sin embargo, se advierte que la accionada vulneró los derechos a la seguridad social y mínimo vital al negársele al actor el reconocimiento y pago de la indemnización

sustitutiva de la pensión de vejez; y, por ende, se desconoce el alcance que fijó, respecto de la situación pensional del fallecido señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, la sentencia T-99 de 8 de febrero de 2008, al tutelar los derechos fundamentales que se aducen vulnerados.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 68-70). La entidad demandada se opone a las pretensiones porque considera que el actor no tiene derecho a la indemnización sustitutiva, ya que su retiro del servicio oficial fue anterior (1978) a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, norma que consagra dicha figura jurídica.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión (sección segunda, subsección E), en sentencia de 29 de octubre de 2013, accede a las pretensiones de la demanda, ya que el señor Luis Jaime Robayo Rodríguez falleció sin que se le hubiera reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y la que el artículo 49 de esta ley consagra como una prestación económica en favor de los miembros del grupo familiar del afiliado que en el momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, por lo que «tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez».

De la lectura de esta norma puede observarse que la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes surge, por una parte, como una variante de la que se otorga frente al riesgo de vejez, y, por la otra, como una solución alternativa al pago de la pensión de supervivencia para aquellos miembros del núcleo familiar que realizaron sus aportes al sistema, pero fallecen sin haber logrado acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una cualquiera de esas pensiones. El Decreto 1730 de 2001, en sus artículos 2 a 4, también se encargó de reglamentar lo relativo al reconocimiento de este derecho.

En este orden de ideas, se ordenó a la accionada reconocer, liquidar y pagar a favor de la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, con base en lo siguiente:

En tal virtud, dándose por cumplidos por parte del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez (q.e.p.d.), los requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez como lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto 1730 de 2001, en concordancia con los artículos 37 de la Ley 100 de 1993 y 29, 48 y 53 de la Constitución Política, resulta procedente declarar la nulidad de las Resoluciones números 06750 del 26 de febrero de 2009 y PAP-023805 de 29 de octubre de 2010, pues es un hecho cierto que la claridad de la norma y el criterio hermenéutico que sobre la misma se ha desarrollado, han sido concurrentes en considerar que para efectos del reconocimiento de

la prestación indemnizatoria materia de estudio, es válido tomar en cuenta tanto los aportes realizados con anterioridad a la implementación del Sistema General de Seguridad Social Integral, como lo efectuados después de dicho momento, dado que ello constituye una expresión del amparo constitucional que el Estado debe proporcionar a los sectores de la población que como el de la tercera edad, se encuentran en condiciones de desigualdad y desprotección manifiesta.

Ahora bien, en cuanto a la condición que ostenta la señora María Gloria Duque de Robayo para obtener la compensación de los aportes que realizó su difunto cónyuge durante su vida laboral, es necesario precisar que en este caso particular, ha de entenderse que la prestación que se causó es la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, dado que la solución alternativa al pago de la pensión de supervivencia que le hubiese asistido a la demandante en su condición de integrante del núcleo familiar del extinto afiliado y previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte de este, solo puede concretarse a través de la figura indemnizatoria aludida por cuanto es claro que el fallecido cotizante acreditó los presupuestos para obtener el reconocimiento de dicha prestación, pero no puede admitirse el disfrute de la prestación por parte de quien no existe física y jurídicamente, lo cual implica que el derecho solo puede concretarse a favor de sus parientes inmediatos, en este caso, la cónyuge supérstite (ff. 119-148).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, inconforme con la decisión de primera instancia, hace referencia a los artículos 37 y 151 de la Ley 100 de 1993 y 4 del Decreto 1730 de 2001 para pedir su revocatoria, ya que «la Ley 100 no tiene efectos retroactivos, y a lo allegado con la presente demandada, se observa que la hoy demandante no acreditó las cotizaciones al Sistema General de Pensiones con posterioridad a su vigencia (1 de abril de 1994), razón por la cual no es viable el reconocimiento de la prestación solicitada» (ff. 150-151).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la accionada fue concedido en audiencia de conciliación de 25 de julio de 2014 (ff. 191-192), y se admitió por proveído de 17 de septiembre del mismo año (f. 199); y, después, en providencia de 26 de enero de 2015, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 203), oportunidad aprovechada por el último de estos y la actora.

La parte demandante (f. 204). Reitera los argumentos expuestos en la demanda y durante todo el proceso, en el sentido de que la Constitución Política garantiza la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece la ley, y además, que es un derecho irrenunciable.

El Ministerio Público (ff. 207-212). La señora procuradora segunda delegada ante esta Corporación estima que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, puesto que el Consejo de Estado, a través de sentencia de 11 de marzo de 2010, al estudiar la demanda de nulidad del inciso 1 y la letra a) del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001, recalcó que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no puede solo favorecer a los afiliados de la Ley 100 de 1993, es decir, los vinculados al servicio a la entrada en vigor 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. En consecuencia, es manifiesto que el esposo de la actora cumplía con los requisitos legales para acceder a la indemnización sustitutiva, toda vez que tenía la edad para obtener la pensión de vejez, no había cotizado el mínimo de semanas exigidas para acceder al derecho pensional y no lo pudo seguir haciendo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si, en los términos del recurso de apelación, la demandante, en calidad de cónyuge supérstite del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con base en los aportes efectuados antes de la expedición de esta disposición, ya que su última cotización fue realizada en 1991.

5.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes y dispuso que «El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional...» (artículo 11) y «...regirá a partir del 1º de abril de 1994...» (artículo 151).

No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se determina que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Por otra parte, el artículo 48 constitucional garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, que comporta un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción, entre otros principios, al de universalidad, definido por el artículo 2.º de la Ley 100 de 1993, como la «...garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida». De igual manera, la Corte Constitucional¹ ha precisado que el derecho a la seguridad social es un derecho constitucional fundamental, en razón a su estrecha relación con los derechos a la vida, al trabajo y a la salud.

En tal sentido, el artículo 46 superior prevé que el Estado garantizará a las personas de la tercera edad los servicios de seguridad social integral; por su parte, el 47 impone al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y el 53 al establecer los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, incluye la garantía a la seguridad social.

Ahora bien, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue consagrada en la Ley 100 de 1993 que, en su artículo 37, preceptúa:

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 seguir 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 la anterior disposición, se colige que hay lugar a recibir en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que al llegar a la edad pensional no alcanzaron a colmar el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación pero que cotizaron a una entidad de previsión.

Acercas de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la sección segunda de esta Corporación, en sentencia de 14 de abril de 2005,² discurrió:

¹ Al respecto consultar las sentencias C-134 y T-011 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, y T-116 y T-356 de 1993, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente: 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03), consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, actora: Sandra Viviana Rojas Ramírez, demandado: Gobierno nacional.

Tampoco fue el espíritu del legislador limitar la indemnización sustitutiva por vejez sólo a los afiliados a entidades administradoras del ISS, como lo interpreta el Ministerio de Hacienda y lo dice de manera constante en la respuesta a la demanda, ya que ello limitaría la posibilidad, por ejemplo, de los servidores públicos afiliados a una entidad de previsión administradora de dicho régimen diferente al ISS que cumplan con los requisitos para tener derecho a ese beneficio, exclusión que de manera alguna fue la intención del legislador, habida cuenta que sobre tal exigencia ningún reparo hizo la citada ley 100.

Es cierto que la opción de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez en la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 sólo existía para los afiliados al ISS; sin embargo la nueva figura creada en la ley 100 cubre tanto a dichos afiliados como a los de una administradora diferente al ISS, pues no sería razonable y violaría el derecho a la igualdad que los afiliados a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, diferentes a éste, por el hecho de serlo, no les sea permitido, si se dan las condiciones que la misma ley establece en su artículo 37, acceder a la prestación, pretextando la falta de tal beneficio en el régimen anterior que los gobernaba.

Por lo tanto, para el reconocimiento de la aludida indemnización sustitutiva es necesario que el ex servidor público (i) haya cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin haber cotizado el mínimo de semanas requerido, y (ii) manifieste la imposibilidad de continuar con las cotizaciones a pensión.

El Decreto 1730 de 27 de agosto de 2001 reglamentó el precitado artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y en relación con la causación del derecho y los requisitos de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, preceptuó:

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;

[...]³.

Artículo 4º-Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

[...]

³ Esta norma fue modificada por el Decreto 4640 de 2005.

La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información.

Al respecto, la sección segunda de este Cuerpo Colegiado se pronunció sobre la constitucionalidad de la letra a) del artículo 1.º del mencionado Decreto 1730 de 2001, mediante sentencia de 27 de octubre de 2005,⁴ en la que sostuvo:

En la norma legal se observa que el cumplimiento de la edad pensional, uno de los requisitos legales para ser acreedor al derecho de la indemnización sustitutiva, **no está condicionado en forma alguna, a que cuando se llegue a dicha edad, se esté en servicio**; ahora si lo está no es obstáculo para que pudiera reclamar el derecho regulado en el art. 37 de la Ley 100 de 1993.

Pero, como se exige la declaración que no puede seguir cotizando para completar los aportes exigidos por la ley para la pensión de vejez, se entiende que si está laborando deberá retirarse por cuanto no puede continuar prestando el servicio sin cotizar y a la vez obtener la citada indemnización.

[...]

...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.

En consecuencia, la Corporación denegó la nulidad de la expresión «se retire del servicio», contenida en la letra a) del artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, pero en el entendido de que no se requiere estar vinculado al servicio cuando se cumpla la edad pensional.

Por otra parte, en la citada sentencia de 14 de abril de 2005, dentro del expediente 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03), se declaró la nulidad de la frase «Con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones», contenida en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, al considerarse:

Y si bien es cierto que el afiliado para tener derecho a esta prestación consagrada en el nuevo sistema integral de pensiones de la Ley 100, debe encontrarse afiliado a dicho sistema y que la eventualidad del retiro del servicio se produzca bajo su gobierno, no es requisito que el

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 27 de octubre de 2005, expediente: 11001-03-25-000-2002-0168-01(3299-02), consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, actor: Julio César Carrillo Guarían, demandados: Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social.

cumplimiento de la edad se tenga que dar bajo el nuevo régimen, pues ello no fue el querer del legislador, ya que como se observa de la redacción del texto del artículo 37 de la precitada Ley 100 de 1993 ningún condicionamiento se señaló para la edad, como sí lo hace la norma acusada al engoblar dentro de este lineamiento, sin distinción alguna y sin necesidad, todos los requisitos para que un afiliado se haga acreedor a la prestación.

[...]

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

Y no fue la intención del legislador desconocer algunos hechos que se sucedieron bajo el sistema anterior, como es la edad y las semanas cotizadas (ver último inciso del artículo 1 del decreto acusado que permitió para determinar el monto de la indemnización sustitutiva la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993). Sin embargo, lo que sí resulta imperante para la aplicación en este caso específico de la indemnización sustitutiva es que los hechos condicionantes que dan lugar a la prestación (retiro del servicio e imposibilidad para seguir cotizando) se den bajo la ley 100 de 1993.

Asimismo, fue objeto de nulidad el término «afiliado» comprendido en la misma letra a) del artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, a través de sentencia de 11 de marzo de 2010,⁵ al explicar:

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.

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07), consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actor: Pedro Nel Riveros Gómez, demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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.

En lo que atañe a la vinculación laboral en el momento de alcanzar la edad pensional, esta Corporación, mediante sentencia de 26 de octubre de 2006,⁶ precisó:

[...] una cosa es que la persona que contaba a su favor con más de 17 años de servicio y aportes tanto a salud como a pensión, estuviera desvinculada del servicio al momento de entrar en vigencia la ley 100 y otra, que por esta razón se considere por fuera del sistema pensional, cuando la propia ley no consagra el retiro del sistema como consecuencia de la desvinculación laboral. Por el contrario, la persona que se encuentra en las referidas condiciones se entiende incorporada al sistema general de pensiones, entre otras razones, porque las cotizaciones efectuadas, no pueden entenderse por fuera del mismo sistema y no puede afirmarse que la desvinculación del servicio conlleve el retiro del sistema pensional.

Es decir, el ingreso al sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 operó de manera automática para todos los trabajadores y extrabajadores públicos y privados, pues no debe olvidarse que la afiliación no es voluntaria sino obligatoria.

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 13 de la ley 100 tiene dentro de las características del Sistema General de Pensiones entre otras, que

f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 26 de octubre de 2006, expediente: 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04), actor: Rafael Suárez Pineda, demandado: Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal).

cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a 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.

Ahora bien, admitir la tesis de que la indemnización no se aplica a las personas que estaban por fuera del servicio, implicaría contradecir los mandatos previstos en el artículo 53 de la Carta y establecer un trato diferenciado, una discriminación, no razonable, ni equitativa, que no encuentra justificación alguna y que por el contrario, puede llegar a afectar derechos de quienes, como el demandante, se encuentran dentro del grupo de personas de la tercera edad, cobijadas por una protección constitucional especial (art. 46).

De otra parte, aceptar la negativa de la entidad para reconocer el derecho reclamado, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes durante más de 17 años. A propósito, debe recordarse que el derecho pensional surge de los aportes del empleado a las entidades de previsión durante un determinado tiempo, de manera que los referidos aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión.

[...]

2. La vinculación laboral al momento de cumplir 65 años de edad es un hecho fortuito que no depende de la voluntad del empleado.

La situación del país refleja altos niveles de desempleo, entre otras razones por el no crecimiento de la economía, el aumento del déficit fiscal, la disminución del porcentaje de producción y, por ende, los niveles de oportunidad y empleabilidad no son muchos. Por ello precisamente el legislador ha tratado de crear normas de protección al desempleo – ley 789 –

De suerte que resulta un contrasentido que personas que laboraron más de 17 años al servicio del Estado, pierdan su derecho por la circunstancia fortuita de no estar vinculados al momento de cumplir la edad prevista en las disposiciones a las que se ha hecho alusión, cuando en muchas oportunidades ello no depende de la voluntad del trabajador, sino de las altas tasas de desempleo en nuestro país.

Así las cosas, para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es dable exigir que el cumplimiento de la edad para adquirir la pensión se dé durante la vinculación laboral, ni mucho menos que las cotizaciones para pensión se hayan realizado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social (1 de abril de 1994), puesto que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, «...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 vejez⁷, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento

⁷ Sentencia T-850 de 2008, entre otras.

sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes⁸ y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 Superior».⁹

5.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Escrito del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez (cónyuge de la demandante), por conducto de apoderada, de 29 de mayo de 2008, dirigido al gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social en el que le pide el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (ff. 31-35, tomo II).

b) Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, del gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se le niega la indemnización sustitutiva de pensión de vejez al señor Luis Jaime Robayo Rodríguez (ff. 2-4).

c) Resolución PAP 23805 de 29 de octubre de 2010, del liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, mediante la cual se confirma la resolución antes relacionada, al resolver un recurso de reposición interpuesto contra ella (ff. 5-8).

d) Certificación del notario sexto de Bogotá, de 28 de enero de 1982, en que declara que en folio 250 del libro 39 de Registro Civil de Matrimonios del archivo de la notaría aparece la partida de matrimonio católico de los contrayentes Luis Jaime Robayo Rodríguez y María Gloria Duque, celebrado el 10 de diciembre de 1960 en la parroquia de Nuestra Señora de la Estrada (f. 11).

e) Registro civil de defunción 6737866, de la Notaría 26 de Bogotá, en que se hace constar el fallecimiento del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, esposo de la actora, ocurrido el 21 de julio de 2009 (f. 10). Según documentos que reposan en folios 47, 77 y 92 del tomo II del expediente, el señor Robayo murió a la edad de 71 años, pues aparece como fecha de su nacimiento el 18 de mayo de 1938.

f) Declaración juramentada 125, de la Notaría Once de Bogotá, de la accionante en que manifiesta que estuvo casada con el señor Luis Jaime Robayo Rodríguez durante cuarenta y ocho años y medio (f. 13).

g) Acta 110 de la Notaría 26 de Bogotá, de declaración extraproceso rendida por el señor Armando Carbonell Ospino, en el que asegura que conoció al señor Luis Jaime Robayo Rodríguez desde 1957 y le consta que era casado con la señora Gloria Duque de Robayo (f. 14).

h) Resolución 269 de 9 de febrero de 2007, de la directora de pensiones de la secretaría de hacienda del departamento de Cundinamarca, en la que se le niega

⁸ Sentencia T-850 de 2008 y T-238 de 2009.

⁹ Sentencia T-529 de 2009.

el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Luis Jaime Robayo Rodríguez (ff. 73-76, tomo II).

i) Resolución 414 de 18 de abril de 2008, de la directora de pensiones (e.) de la secretaría de hacienda del departamento de Cundinamarca, por la que se da cumplimiento al fallo de tutela T-99 de 8 de febrero de 2008, de la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional, en el sentido de «reconocer y ordenar pagar a favor del señor LUIS JAIME ROBAYO RODRÍGUEZ [...], la suma de TRECE MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$13.912.237,00), por concepto de la Indemnización Sustitutiva [...]» (ff. 15-22).

j) De las constancias de tiempo de servicio expedidas por las distintas entidades donde trabajó el señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, que reposan en el tomo II del expediente, y de la Resolución 269 de 9 de febrero de 2007, de la dirección de pensiones de la secretaría de hacienda del departamento de Cundinamarca, se puede deducir en el siguiente cuadro los años laborados en el sector público y privado así:

Entidad empleadora	Entidad de prevision	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Días	Folios Tomo II
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social	Cajanal	22/12/1960	30/09/1961	279	6 y 38
Asamblea Cundinamarca	de Departamento de Cundinamarca	01/10/1960	30/11/1960	360	74-75
Asamblea Cundinamarca	de Departamento de Cundinamarca	01/10/1961	30/11/1961	360	74-75
Asamblea Cundinamarca	de Departamento de Cundinamarca	28/07/1963	30/11/1963	360	74-75
Asamblea Cundinamarca	de Departamento de Cundinamarca	01/10/1964	30/11/1964	360	74-75
Tribunal Superior de Bogotá	Cajanal	23/07/1962	30/10/1962	98	40
Ministerio de Protección Social	Cajanal	01/06/1965	30/11/1966	540	17
Cámara Representantes	de Cajanal	20/07/1966	16/12/1966	147	50-65
Cámara Representantes	de Cajanal	10/01/1967	19/07/1967	190	50-65
Cámara Representantes	de Cajanal	20/07/1967	16/12/1967	147	50-65
Cámara Representantes	de Cajanal	16/01/1968	04/07/1968	175	50-65
Contraloría General de la República	Cajanal	10/02/1971	07/06/1975	1558	23

Sociedad Constructora Inversión Ltda.	ISS	09/12/1975	05/07/1976	207	71
Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social (INURBE)	Cajanal	05/07/1976	03/09/1978	779	47
Secretaría de Gobierno de Cundinamarca	Departamento de Cundinamarca	31/08/1982	02/05/1984	602	70
Agrícola Industrial	ISS	21/04/1989	01/08/1989	101	71
Asamblea de Cundinamarca	Departamento de Cundinamarca	1 1/10/1991	30/11/1991	50	75
TOTAL DÍAS				5976	

k) Resumen de la historia clínica del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, de 7 de marzo de 2007, extendida por el médico Germán Gómez Segura, de la Fundación Abood Shaio, que dice en su último párrafo: «El paciente persiste con cuadro de disnea con medianos esfuerzos, es oxigenodependiente y en la actualidad se encuentra con incapacidad funcional de su cadera izquierda razón por la cual no puede desplazar por sus propios medios y se encuentra pendiente realizar cirugía de remplazo total de cadera, procedimiento de alto riesgo por la patología concomitante presente tanto a nivel cardíaco como pulmonar» (ff. 77-78, tomo II).

De las pruebas que obran en el proceso, se desprende que el finado esposo de la demandante, señor Luis Jaime Robayo Rodríguez, nació el 18 de mayo de 1938 y laboró en los sectores oficial y privado durante 16 años, 7 meses y 6 días, por lo que superados los 70 años de edad, el 29 de mayo de 2008, manifestó, por conducto de apoderada, a la extinguida Caja Nacional de Previsión Social su imposibilidad de seguir realizando aportes para adquirir la pensión de jubilación, y, además, le solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, a la que se refiere el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

[...] dado que mi representado tiene 70 años de edad y su estado de salud es extremadamente precario, como consta en detalle en el certificado médico expedido por el Doctor GERMÁN GÓMEZ SEGURA médico Cardiólogo de la Clínica Marly y de la Fundación Shaio, instituciones en las cuales ha sido atendido últimamente, es forzoso colegir, de una parte, las innumerables y constantes erogaciones pecuniarias que debe asumir para tener una mínima calidad de vida, y de otra, que le es físicamente imposible desempeñarse laboralmente, por consiguiente no puede aspirar a ingreso alguno de esta naturaleza.

[...]

Y para el caso concreto, en el que el afiliado petionario cumple con la edad mínima para pensionarse, pero no reúne el requisito de las semanas cotizadas, encontrándose, además, en imposibilidad de seguir cotizando, el legislador dispuso como solución alternativa al pago de la pensión, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 [...] (ff. 31-32) [sic para toda la cita].

[...]

Al respecto, la mencionada entidad le negó el derecho, por medio de Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, del gerente general, con el argumento de que «teniendo en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue creada para el servidor público por la ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta indemnización al peticionario toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho éste que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solicitada» (f. 3) [sic para todo el texto].

En este orden de ideas, la Sala de decisión arriba al convencimiento que le asiste razón jurídica a la actora en su reclamación —en su condición de cónyuge superviviente del señor Luis Jaime Robayo Rodríguez—, pues advierte la inobservancia de normas y precedentes jurisprudenciales que cobijaban a su esposo, con desconocimiento del derecho a obtener su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a haber acreditado a la presentación de su solicitud (29 de mayo de 2008) que (i) superaba la edad para la adquisición de una pensión de jubilación¹⁰—contaba con 70 años de edad—, ya sea bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (55 años)¹¹ o de la Ley 71 de 1988 (60 años)¹², (ii) no alcanzó el tiempo mínimo de servicios cotizados para la adquisición de la pensión de jubilación, pues tan solo laboró 16 años, 7 meses y 6 días, y (iii) declaró su imposibilidad de seguir cotizando para lograr un derecho pensional.

Por otro lado, advierte la Sala que carece de asidero jurídico la afirmación de la entidad accionada respecto de que los aportes del accionante debieron efectuarse con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, puesto que ello desconoce el principio de favorabilidad de la ley y la protección reforzada con la que cuentan las personas de la tercera edad conforme a los artículos 46 y 53 de la Constitución Política.

De manera semejante, se pronunció la Corte Constitucional, mediante sentencia T-529 de 2009, al afirmar:

4.3. En relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 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

¹⁰ Ha de advertirse que el señor Luis Jaime Robayo Rodríguez se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad.

¹¹ «Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».

¹² «Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes [...]

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público».

anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar:

[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.

[...] Sobre este último punto esta Sala de Revisión en Sentencia T-180 de 2009 expuso:

[C]abe advertir, que uno de los dispositivos que plantea la Constitución Política para la resolución de conflictos normativos en materia laboral, es la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 superior. En desarrollo de este precepto, la Corte Constitucional ha ratificado que dentro de los principios mínimos en las relaciones laborales se encuentra la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en el uso e interpretación de las fuentes formales del derecho. Por tanto, hacer una aplicación restrictiva en el asunto sometido a estudio, aceptando la posición esbozada por la entidad accionada, conllevaría no solo a desconocer los derechos de los afiliados, sino además el aludido principio. || Conforme a lo indicado, para la Sala no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia, pues ello conllevaría a excluir a aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a regir la citada Ley, vulnerándose así el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral.

4.4. Es de concluir, entonces, que el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez está en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional que, habiendo cumplido con la edad de pensión, no cuentan con el número de semanas de cotización exigidas para acceder a esa prestación, independientemente de haber estado afiliadas o no al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Y esta Corporación, en sentencia de 11 de marzo de 2010, atrás citada,¹³ expresó 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

¹³Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07), consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actor: Pedro Nel Riveros Gómez, demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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».

Así las cosas, si bien es cierto que el finado esposo de la accionante hizo aportes a pensión únicamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, también lo es que, en virtud del principio de favorabilidad, esta última tiene derecho a que le sea reconocida, en su calidad de cónyuge supérstite, la indemnización sustitutiva en consideración a dichas contribuciones y de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1730 de 2001; y, por lo tanto, se ha de confirmar la decisión de nulidad de los actos acusados.

En efecto, se ha de señalar, como lo estableció el *a quo*, que la prestación que se causó, según el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, es la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, «dado que la solución alternativa al pago de la pensión de supervivencia que le hubiese asistido a la demandante en su condición de integrante del núcleo familiar del extinto afiliado y previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte de este, solo puede concretarse a través de la figura indemnizatoria aludida por cuanto es claro que el fallecido cotizante acreditó los presupuestos para obtener el reconocimiento de dicha prestación, pero no puede admitirse el disfrute de la prestación por parte de quien no existe física y jurídicamente, lo cual implica que el derecho solo puede concretarse a favor de sus parientes inmediatos, en este caso, la cónyuge supérstite» (ff. 142-143).

Comoquiera que al causante de la prestación se le reconocieron y pagaron los tiempos de servicio correspondientes a las vinculaciones con el departamento de Cundinamarca, mediante Resolución 414 del 18 de abril de 2008, de la dirección de pensiones de la secretaría de hacienda de dicho ente territorial, en cumplimiento de la sentencia de tutela T-99 de 8 de febrero de 2008, de la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional, se confirmará lo dispuesto por el *a quo* de excluir de la liquidación de la condena dichos períodos. Igualmente, lo relativo a los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales durante los años 1975, 1976 y 1989 para que formen parte de la liquidación de la indemnización, en los términos prescritos por el fallador de primera instancia.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia.

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:

1.º Confírmase la sentencia proferida el 29 de octubre de de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en descongestión (sección segunda, subsección E), que accedió a las súplicas de la demanda incoada por la señora María Gloria Duque de Robayo contra la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS