



**LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN Y SUS  
PROBLEMAS DE APLICACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN  
DE 1991**

**VÍCTOR ALFONSO CAMARGO NOREÑA**

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, BUCARAMANGA  
FACULTAD DE POSTGRADOS  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA

2014

**LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN Y SUS  
PROBLEMAS DE APLICACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN  
DE 1991**

**VÍCTOR ALFONSO CAMARGO NOREÑA**

Tesis de profundización presentada como requisito para optar al título de  
Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Director

**ARMANDO CASTRO**

MAGISTER EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

Abogado Especialista en Derecho Laboral

LÍNEA DE PROFUNDIZACIÓN DERECHO PRIVADO

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE POSTGRADOS

MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

BUCARAMANGA

2014

## Dedicatorias

A Dios mi padre celestial, quien me ha guiado por el camino de la sabiduría, ha sido la fuente de toda mi inspiración para culminar este proyecto, al que le debo mi vida y mi ser, al que amo con todo mi corazón y espero nunca defraudar. *¡Esto es para ti mi Dios!*

A mis padres Aracely Noreña y Angelmiro Camargo, quienes han sido el apoyo en la construcción de mi vida como persona y como profesional, quienes quieren lo mejor para mí, quienes constantemente se esfuerzan para que logre mis objetivos siendo éstos los suyos, a quienes admiro, respeto y amo con todas las fuerzas de mi corazón. *¡Esto es para ustedes mis queridos padres!*

A mis hermanos Jhon Henry Camargo y Bibiana Camargo, quienes me han brindado su cariño, amor y apoyo en todos los momentos de la vida. *¡Esto es para ustedes mis apreciados hermanos!*

A mi confidente Verónica Ardila, quien me ha llenado de fuerza, apoyo y amor para cumplir las metas trazadas como persona y como profesional, a la que deseo también crezca junto a mí. *¡Esto es para ti preciosa!*

A mis lindas sobrinas Karen Camargo, Daniela Camargo, Laura Celis y Ana María Celis, quienes marcarán la diferencia en la familia por su nivel académico, a quienes tengo que inspirar para que lleguen a lo más alto en el camino del triunfo. *¡Estos es para ustedes!*

## **Agradecimientos**

Estoy profundamente agradecido de mi querido profesor guía, Armando Castro, por su paciencia, apoyo, dirección y entrega.

A nuestros jurados calificadores, por su apoyo y evaluación final.

Y a cada uno de nuestros profesores que me ayudaron en esta formación, que me motivaron con sus enseñanzas a ser cada día mejor, a buscar las herramientas y la metodología para realizar investigaciones jurídicas y socio jurídicas, tendientes a abordar problemáticas regionales con la administración de justicia, a realizar reflexiones de los conflictos jurídicos en la sociedad con sentido crítico y constructivo.

A todas las Directivas de la Universidad Industrial de Santander, por su apoyo y colaboración para la realización de esta investigación en la modalidad de profundización.

A la facultad de Ciencias Humanas – Maestría en Hermenéutica Jurídica y Ciencia Política, por el soporte institucional, por el espacio otorgado para la formación académica tendiente a visualizar la problemática derivada de la interpretación y argumentación jurídica, a la contribución y el fortalecimiento de la capacidad profesional e institucional de los operadores jurídicos en los diferentes campos del derecho.

## CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>17</b>
<b>1. OBJETIVOS.....</b>	<b>20</b>
1.1 OBJETIVO GENERAL.....	20
1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	20
<b>2. MARCO TEORICO .....</b>	<b>21</b>
<b>3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FRENTE AL TEMA DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....</b>	<b>25</b>
3.1 LOS PRINCIPIOS DE CARÁCTER LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SU INCIDENCIA CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	27
3.1.1 EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES LEGALES .....	28
3.1.2 EL PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO .....	31
3.1.3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LOS TRABAJADORES Y/O AFILIADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	33
3.1.4 EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS.....	35
3.1.5 EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD .....	37
3.1.6 EL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA .....	39
3.1.7 EL PRINCIPIO DE EQUIDAD.....	41
3.1.8 EL PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL TRABAJO.....	44
3.1.9 EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL TRABAJO .....	45
3.2 LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL, Y SU INCIDENCIA CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN EN COLOMBIA .....	46
3.2.1 EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD.....	47
3.2.2 EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD .....	49
3.2.3 EL PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA .....	52
3.2.4 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD.....	53
3.2.5 EL PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIDAD .....	55
3.2.6 EL PRINCIPIO IMPRESCRIPTIBILIDAD .....	57
3.2.7 EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN.....	58

3.2.8 EL PRINCIPIO DE UNIDAD E INTEGRALIDAD .....	59
---	----

#### **4. LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU INCIDENCIA CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN EN COLOMBIA .....62**

4.1 LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y COMO UN SERVICIO PÚBLICO .....	66
---	----

4.2 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 73	
--	--

4.3 LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE AL TEMA DE PENSIONES.....	81
--	----

4.4 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN COMO PARTE INTEGRANTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	85
--	----

#### **5. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN EN COLOMBIA.....90**

5.1 DEFINICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	91
--	----

5.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	93
--	----

5.3 CARACTERÍSTICAS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	95
--	----

5.3.1 ES UN SERVICIO PÚBLICO.....	96
-----------------------------------	----

5.3.2 ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL .....	96
--	----

5.3.3 ES UN DERECHO SUPLEMENTARIO .....	96
---	----

5.3.4 ES IRRENUNCIABLE .....	96
------------------------------	----

5.3.5 ES IMPRESCRIPTIBLE.....	97
-------------------------------	----

5.3.6 NO ES NECESARIO HABER COTIZADO APORTES EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 NI ESTAR AFILIADO PARA ACCEDER A ESTA .....	98
--	----

5.3.7 ES NECESARIO ACREDITAR LA EDAD ESTABLECIDA POR LA LEY 100 DE 1993 PARA SER BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN .....	98
--	----

5.3.8 ES NECESARIO ACREDITAR LA IMPOSIBILIDAD DE SEGUIR COTIZANDO PARA PENSIONES .....	99
--	----

5.4 EL ORIGEN LEGISLATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	99
--	----

5.4.1 INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN POR VEJEZ.....	100
---	-----

5.4.2 INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN POR SOBREVIVIENTE.....	101
---	-----

5.5 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN CON LA LEY 100 DE 1993.....	104
---	-----

5.6 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN CON LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 797 DEL 2003.....	106
---	-----

5.7 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DE VEJEZ ESPECIAL DERIVADO DEL ART. 15 DE LA LEY 776 DEL 2002.....	108
--	-----

5.8 LA REGLAMENTACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	113
--	-----

5.8.1 CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN. “ARTÍCULO 1” .....	115
5.8.2 RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN. “ARTÍCULO 2” 124	
5.8.3 LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN “ARTICULO 3” .....	129
5.8.4 REQUISITOS PARA ACCEDER A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN “ARTICULO 4” .....	140
5.8.5 MECANISMOS DE CONTROL. “ARTÍCULO 5” .....	146
5.8.6 INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. “ARTÍCULO 6” .....	147
5.9 LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	150
5.9.1 LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PRINCIPAL Y COMO MECANISMO TRANSITORIO TENDIENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN. ....	152
5.9.2 PRESUPUESTOS PARA QUE SEA PROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO SE SOLICITA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN. ....	154
5.9.3 PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	155
5.10 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN FRENTE A LAS CUOTAS PARTES PAGADAS POR LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON OCASIÓN DE LOS DIVERSOS FALLOS DE TUTELA .....	157
5.11 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DESARROLLADA POR LAS ALTAS CORTES 160	
5.11.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	161
5.11.1.1 Sentencias de constitucionalidad.....	162
5.11.1.2 Sentencias de tutela .....	162
5.11.1.3 Sentencias de unificación .....	163
5.12 LÍNEAS JURISPRUDENCIALES FIJADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	163
5.13 LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	171
5.14 EL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	176
5.15 LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN FRENTE A LA PENSIÓN FAMILIAR .....	184
 <b>6. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY UTILIZADA COMO DISCURSO PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN LOS CASOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....</b>	 <b>187</b>
 6.1 LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.....	 190

6.2 FRENTE AL REQUISITO DE LA AFILIACIÓN AL SISTEMA PENSIONAL DE LA LEY 100 DE 1993, PARA SER BENEFICIARIO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN. ....	193
6.3 FRENTE AL REQUISITO DE QUE LA PERSONA DEBA RETIRARSE DEL SISTEMA DE PENSIONES O DEJAR DE COTIZAR PARA PODER RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN .....	196
6.4 INVIABILIDAD DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS SOBRE EL CAPITAL REINTEGRADO CON OCASIÓN DEL RECONOCIMIENTO A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN....	198
<b>7. CONCLUSIONES .....</b>	<b>201</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>205</b>
<b>9. ANEXOS .....</b>	<b>212</b>

## LISTA DE TABLAS

	pág.
<b>Tabla 1.</b> Comparación Decreto 1295 de 1994 vs. Ley 776 de 2002	109
<b>Tabla 2.</b> Ejemplo liquidación de indemnización sustitutiva de pensión	131
<b>Tabla 3.</b> Tasa de cotización para pensiones desde 1960 hasta el año 2012.	135
<b>Tabla 4.</b> Documentos que se deben acreditar para acceder a la indemnización sustitutiva	144
<b>Tabla 5.</b> Comparativo Indemnización sustitutiva de pensión y devolución de saldos	
<b>Tabla 6.</b> Sentencias de Constitucionalidad falladas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.	162
<b>Tabla 7.</b> Sentencias de tutela falladas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión	162
<b>Tabla 8.</b> Tabulación de las líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.	165
<b>Tabla 9.</b> Líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral frente a la indemnización sustitutiva de pensión	172
<b>Tabla 10.</b> Líneas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado frente a la indemnización sustitutiva de pensión	178

## LISTA DE GRÁFICOS

	<b>pág.</b>
<b>Gráfico 1.</b> Escenarios Constitucionales vulnerados	88
<b>Gráfico 2.</b> Pronunciamientos 1991 - 2012	161
<b>Gráfica 3.</b> Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los años de 1991 a 2012, frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.	171
<b>Gráfico 4.</b> Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años de 1991 a 2012 frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.	177

## LISTA DE FIGURAS

	<b>pág.</b>
<b>Figura 1.</b> Ubicación de la indemnización sustitutiva en el ordenamiento jurídico colombiano.	95
<b>Figura 2.</b> Indemnización sustitutiva de pensión de vejez	103
<b>Figura 3.</b> Requisitos Riesgo común y Derivado de relación laboral	112
<b>Figura 4.</b> Requisitos Pensiones e Indemnización sustitutiva de pensión	113
<b>Figura 5.</b> Reglamentación de la indemnización sustitutiva de pensión	114
<b>Figura 6.</b> Compatibilidad pensiones e indemnización sustitutiva de pensión	149
<b>Figura 7.</b> Indemnización y devolución de saldos	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>Figura 8.</b> La indemnización sustitutiva de pensión en el campo constitucional.	164

## LISTA DE ANEXOS

	<b>pág.</b>
<b>Anexo A.</b> Panorama General de la Indemnización Sustitutiva de Pensión desde 1991	212
<b>Anexo B.</b> Providencias de la Corte Constitucional frente a la Indemnización Sustitutiva de Pensión	213

## RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

**TITULO:** LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991<sup>1</sup>.

**AUTOR (ES):** VICTOR ALFONSO CAMARGO NOREÑA<sup>2</sup>

**PALABRAS CLAVES:** Indemnización sustitutiva de pensión, principios, seguridad social.

La presente tesis en la modalidad de profundización, tiene una característica preponderante, y es el aporte jurídico que se otorga al lector frente a las inquietudes que se tienen respecto a la indemnización sustitutiva de pensión, visualiza los problemas jurídicos más frecuentes no previstos por el legislador objeto de diversas interpretaciones por las Altas Cortes Colombianas, como el caso de la *imprescriptibilidad*; *la obligatoriedad de afiliación al sistema pensional con posterioridad a la Ley 100 de 1993*; *el retiro forzoso como requisito sine quanon para el reconocimiento de la prestación económica*; *la viabilidad de obtener rendimientos financieros sobre el capital devuelto*; así mismo, otorga una herramienta jurídica de interpretación que delimita unos parámetros y reglas para resolver los problemas de interpretación derivados de la institución jurídica complementaria del sistema pensional, esta herramienta interpretativa recoge los elementos esenciales en que se construyó la Teoría de la Argumentación Jurídica propuesta por ROBERT ALEXI y los aplica a los casos que suscitan mayor controversia de interpretación y de esta manera proponer soluciones en derecho que reglamenten las deficiencias que presenta actualmente la indemnización sustitutiva de pensión, para que los Jueces las adopten en sus decisiones y en general para que todos los operadores jurídicos (funcionarios) en especial los funcionarios del COLPENSIONES y las cajas administradoras de pensiones en el sector público y privado puedan modular sus decisiones frente a esta institución jurídica.

---

<sup>1</sup> Proyecto de grado.

<sup>2</sup> Facultad de postgrados. Escuela de derecho y ciencia política. Director Armando Castro.

## GENERAL OVERVIEW DEGREE THESIS

**TITLE:** THE REPLACEMENT INDEMNITY OF PENSION AND ITS APPLICATION PROBLEMS ONCE THE CONSTITUTION OF 1991 WAS ESTABLISHED<sup>3</sup>.

**AUTHOR (S):** VICTOR ALFONSO CAMARGO NOREÑA<sup>4</sup>

**Key Words:** The replacement indemnity of pension, principles, Social security

The thesis proposed in the Deeping modality has a preponderant characteristic that is the legal contribution given to the reader to solve any questions related to the replacement indemnity of pension. This document visualizes the most common legal problems that are not foreseen by the legislator, led to different interpretations by Colombian High Courts, as in the case of imprescriptibility compulsory of affiliation to the retirement system after Act 100 of 1993, the force retirement as a requirement *sine quanon* for recognition of economic benefit; the viability to get financial return over the capital returned. In addition, this document gives a legal tool of interpretation that delimits some parameters and rules to resolve problems of interpretation resulting from the complementary juridical institution of retirement system. This interpretative tool sets out the essential elements in which the Juridical Argument theory proposed by ROBERT ALEXY was constructed with the purpose to be applied to those cases that cause more controversy of interpretation and thus to propose solutions to regulate the deficiencies that currently has the payment in the replacement indemnity of pension, and that the Judges adopt those, in their decisions and in general for than all legal practitioners (officials), especially the officials of COLPENSIONES and administrators of pensions in the public and private sectors can modulate their decisions in this legal institution.

---

<sup>3</sup> Degree thesis

<sup>4</sup> Faculty de postgrads. School of Law and Political Science. Directed Armando Castro.

## INTRODUCCIÓN

Las personas que han cotizado permanentemente al sistema pensional y que actualmente están próximas a pensionarse tienen en su subconsciencia una pregunta que los asecha a diario: *¿Cuándo lograré pensionarme?* De manera similar, las personas que no fueron persistentes en sus cotizaciones al sistema pensional y que hoy en día dejaron de cotizar, también los intrigan un interrogante: *¿Tendré derecho a que me regresen los aportes que algún día realice al sistema pensional?* Estas dos preguntas pueden ser resueltas si se acude al ordenamiento positivo en materia pensional. Sin embargo, es preciso señalar que el segundo planteamiento pasa desapercibido y su desarrollo ha quedado en un segundo plano cuando se habla del tema de las *pensiones*.

Precisamente esta es la razón de ser de esta investigación, pues pretende sacar del oscurantismo una institución que por muchos años ha sido inadvertida por la sociedad y que hoy por hoy merece un desarrollo objetivo y consciente que logre mostrarle a los afiliados del sistema pensional una de las alternativas que ellos tienen cuando no logran su respectiva pensión, guiándoles y mostrándoles a éstos (afiliados) lo importante y valiosa que es ésta en el ordenamiento jurídico; pues de cada cien (100) personas que cotizan a pensiones sólo nueve (9) logran pensionarse<sup>5</sup>. De ahí la importancia de profundizar el tema de la “*indemnización sustitutiva de pensión*”. Concebida ésta como un tipo de prestación económica, reconocida y pagada en sus actos administrativos por COLPENSIONES (*antes Instituto de Seguro Social*) y las demás Cajas administradoras de pensiones del sector público o privado, a aquellas personas que no alcanzaron a reunir los requisitos de Ley para pensionarse y que para compensar dicha eventualidad se otorga una solvencia económica que ayuda a mejorar sus condiciones de vida.

---

<sup>5</sup> Información decantada en el foro sobre el tema organizado por Anif, Asofondos y el gobierno nacional representado por el Ministro Rafael Pardo, que se realizó el 2 de noviembre del 2012 en la ciudad de Bogotá, según información relacionada en <http://www.portafolio.co/economia/muy-pocos-trabajadores-del-pais-lograran-pensionarse>

Esta institución jurídica contemplada inicialmente por el legislador en el artículo 13 del (Decreto 3041, 1966) era reconocida y pagada sólo por el Instituto de Seguro Social a los afiliados del sector privado, luego con la expedición de la (Ley 100, 1993) en el desarrollo de los artículos 37, 45 y 49 expandió su cobertura, lo que indica que no solo es aplicable al trabajador del sector privado sino que también lo es para el servidor público. Lo que la convierte atractiva a esta investigación pues su ámbito de aplicación permea todos los sectores (*público y privado*).

Como quiera que la indemnización sustitutiva de pensión es una prestación económica complementaria del sistema pensional, mal estaría en decirse que no es importante para el sistema jurídico; pues ésta institución es la otra cara del tema de las pensiones, su diseño legislativo esta creado con el propósito de proteger a los afiliados cuando estos no alcanzaron a reunir los requisitos para obtener un mejor derecho, por ello esta investigación está diseñada bajo un riguroso marco epistemológico que desarrolla concretamente esta prestación económica del sistema pensional, partiendo (i) de un análisis principialístico, (ii) recogiendo influencias de un marco normativo supralegal (*Bloque de constitucionalidad*), (iii) luego desarrollando y analizando el ámbito reglamentario interno, junto a los diversos precedentes jurisprudenciales que complementan y sistematizan esta prestación económica a lo largo de los últimos 46 años en que fue creada por el legislador y (iv) finalmente aplicando la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy frente a los problemas de interpretación.

En consecuencia, esta investigación busca que algunas de las personas que cotizan al sistema pensional conozcan y entiendan en que consiste la llamada indemnización sustitutiva de pensión, y a su vez que los operadores del derecho tengan una herramienta jurídica, desarrollada desde la Teoría de la Argumentación

Jurídica de Robert Alexy<sup>6</sup>, para unificar las diversas interpretaciones hechas a las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión en Colombia, tal es el caso de: **(i)** la imprescriptibilidad; **(ii)** el requisito de la afiliación al sistema pensional con la vigencia de la Ley 100 de 1993; **(iii)** el requisito de la desvinculación al sistema pensional para ser acreedor de la indemnización sustitutiva de pensión; **(iv)** la posibilidad de obtener ciertos rendimientos financieros sobre el capital devuelto.

Finalmente, esta investigación es un aporte jurídico a todas aquellas personas que buscan resolver sus inquietudes frente a la otra cara de las pensiones, la llamada “*indemnización sustitutiva de pensión*”.

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. El derecho y la Justicia. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 1997.

## **1. OBJETIVOS**

### **1.1 OBJETIVO GENERAL**

Proponer soluciones en derecho que reglamenten las deficiencias que presenta actualmente la indemnización sustitutiva de pensión, con el propósito de que éstas sean adoptadas por los Jueces en sus decisiones y en general por todos los operadores jurídicos (funcionarios) en especial por los funcionarios del COLPENSIONES y las cajas administradoras de pensiones en el sector público y privado.

### **1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS**

Identificar los escenarios contemplados por el legislador en la indemnización sustitutiva de pensión y primordialmente de aquellos escenarios en los que se encuentran hoy zonas de penumbra.

Identificar las diferentes interpretaciones efectuadas por la corte constitucional y la corte suprema de justicia sala de casación laboral en sus diversos fallos frente a la indemnización sustitutiva de pensión, y buscar un punto de equilibrio entre los diversos argumentos para definir una solución a los problemas suscitados con la institución jurídica.

Establecer una herramienta interpretativa en donde se aplique los principios generales del derecho en materia laboral y de la seguridad social a fin de cubrir las deficiencias percibidas en la indemnización sustitutiva de pensión.

## 2. MARCO TEORICO

La incorporación de la indemnización sustitutiva de pensión en el sistema jurídico colombiano por parte del legislador a finales de la década de los 40, fue un complemento necesario a la regulación normativa de la seguridad social en pensiones para las personas que se encontraban en el sector privado, cuyo propósito no era otro sino de poder garantizar a los afiliados una cobertura total en la prestación del servicio de seguridad social en pensiones, ya fuere en el caso de tener derecho a una pensión (Invalidez, Vejez o Muerte) por haber reunido los requisitos exigidos para ello ó ya fuere para cubrir la falta de ésta (pensión) mediante la Indemnización sustitutiva de pensión. Posteriormente, en el siglo XIX la indemnización sustitutiva de pensión expandió sus efectos a las personas que laboraban en el sector público, y finalmente en el siglo XX se expandió a regímenes especiales (Docentes, Fuerza Pública, Policía Nacional, etc.) permeando de esta manera esta institución en todo el ordenamiento jurídico en materia de seguridad social en pensiones.

De cualquier modo, es razonable que el legislador no haya contemplado todos los alcances y límites de la indemnización sustitutiva de pensión pues él no posee un poder divino como el adquirido por el *Juez Hércules*<sup>7</sup>, por el contrario es un mortal que razona y piensa y toma decisiones dependiendo del tiempo, modo y lugar, por ello existe la probabilidad (como el caso que nos alude) de que aparezcan zonas de penumbra en ésta institución, habida cuenta los avances que tiene toda sociedad medianamente civilizada, no con ello se está excusando la labor del legislador. Pero

---

<sup>7</sup> El concepto del "Juez Hércules" fue acuñado por el jurista Ronald Dworkin. El "Juez Hércules" es aquel que conoce no sólo la ley, sino también los principios jurídicos de cada sociedad, basados en su historia, su cultura, su filosofía, si idiosincrasia. y en general, su sociedad.

lo que no es sensato es que un operador del derecho (Altas cortes) al momento de interpretar deje vacíos e incertidumbres de lo ya planteado y analizado por el legislador en su momento. Veamos algunos ejemplos:

En sentencia T- 750 de 2006, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, se hizo una interpretación extensiva del alcance de la norma que regula la indemnización sustitutiva de pensión, sin embargo no se definieron los parámetros de la norma que se estaba interpretando generando inconsistencias en el sistema; a saberse, la regla fijada por la jurisprudencia fue la siguiente *“La entidad encargada de realizar el pago de la indemnización sustitutiva de pensión está en cabeza de la última administradora de pensiones a la que estuvo la persona afiliada, o la última entidad pública o privada a la que estuvo laborando, con la posibilidad de que esta última recobre a las demás entidades la cuota parte que corresponda”*, con esta interpretación se generó inmediatamente la siguiente pregunta: 1.- ¿No es más favorable cobrar a cada institución de manera individualizada que a la última entidad en que se cotizó, teniendo en cuenta que si son entidades del orden estatal, cada una de éstas liquidan conforme a la normatividad de bonos pensionales, mientras que si se hace con la última institución ésta aplica el régimen de la indemnización sustitutiva de pensión que es menos favorable al beneficiario?.

En sentencia T- 235 de 2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, del mismo modo en la sentencia T- 539 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, se hizo una interpretación extensiva del alcance de la norma que regula la indemnización sustitutiva de pensión, sin embargo no se definieron los parámetros de la norma que se estaba interpretando generando inconsistencias en el sistema; a saberse, la regla fijada por la jurisprudencia fue la siguiente *“ Es una obligación por parte de la última entidad encargada del pago de la indemnización sustitutiva de pensión (ISS, Cajas administradoras públicas o privadas) reconocer y vincular en la liquidación todos los periodos en los que laboró un servidor público (antes o después de la ley 100 de 1993)”*, con esta interpretación se generaron inmediatamente las siguientes preguntas: a.- ¿ Bajo qué parámetros deben ser

reconocidos los periodos anteriores a la promulgación de la Ley 100 de 1993 a efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de un ex empleado público o ex trabajador oficial?, b.- ¿Quién debe reconocer y pagar una indemnización sustitutiva de pensión cuando se ha cotizado con diferentes empleadores (sector público y sector privado)?, c.- ¿Cuál debe ser el verdadero valor remuneratorio que debe ser concedido en una indemnización sustitutiva de pensión?, d.- ¿Es viable el reconocimiento de rendimientos sobre los valores restituidos en una indemnización sustitutiva de pensión?, e.- ¿Es viable el reconocimiento de intereses moratorios sobre los valores restituidos en una indemnización sustitutiva de pensión?, f.- ¿Cuál norma debe aplicarse a efectos de liquidar la indemnización sustitutiva de pensión cuando se reconocieron periodos de tiempo laborados por ex servidores públicos?.

Precisamente en razón a estas y otras circunstancias es necesario hacer un estudio minucioso de ésta institución desde su nacimiento hasta la vigencia, para definir la esencia y el propósito de ésta institución, así mismo es necesario identificar los parámetros, límites y alcances otorgados en el derecho comparado (*Sistema americano, Sistema anglosajón y sistema latinoamericano*) para tener una visión global de ésta institución, que servirá en últimas como derrotero para definir las pautas necesarias al momento de plantear soluciones en derecho.

Ahora, para confrontar las interpretaciones adhesivas hechas por las altas cortes, es necesario en esta investigación acoger la teoría de Robert Alexy de *la ponderación*<sup>8</sup> para delimitar y fijar correctamente los alcances de la indemnización sustitutiva de pensión. Por un lado, el método de Ponderación<sup>9</sup> será utilizado no para determinar qué principio tiene más prevalencia o peso sobre el otro, sino para ponderar los argumentos a favor y en contra de las decisiones hechas por las altas cortes sobre la indemnización sustitutiva de pensión y con las cuales fijó las reglas

---

<sup>8</sup> (Alexy, Jueces y ponderacion argumentativa, 2006)

<sup>9</sup> (Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1993, pág. 157 y ss)

que hoy en día están en uso, logrando de esta forma proponer o reafirmar soluciones en derecho que legitimen el actuar de los operadores del derecho.

Finalmente a la falta de regulación normativa en esta propuesta de investigación se aplicará los principios generales del derecho en materia laboral (Favorabilidad, solidaridad, progresividad, etc.), a fin de cubrir las deficiencias percibidas en la indemnización sustitutiva de pensión, para ello también se analizará y se aplicaran los planteamientos de *Robert Alexy* sobre la teoría de los principios<sup>10</sup>. Logrando así una interpretación sistemática de la institución jurídica a fin de garantizar la mayor cobertura posible, aplicando una argumentación válida, razonable, legítima y eficaz que busque priorizar la institución jurídica, otorgando su verdadero grado de importancia en el sistema.

Es importante resaltar que los planteamientos de Robert Alexy en sus diversos obras sobre la ponderación y los principios fundamentales son el sustento en gran medida de ésta investigación, que busca en últimas 1.- Satisfacer las necesidades de un grupo de la población que por sus especiales condiciones socio- económicas deben tener una mayor protección estatal, 2.- El fortalecimiento de los derechos fundamentales de la población que se encuentran en esas circunstancias de debilidad manifiesta, 3.- Garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en esas circunstancias.

---

<sup>10</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pág. 81 y ss)

### 3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FRENTE AL TEMA DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.

La percepción de los principios en el derecho hoy por hoy han adquirido importancia en la solución de conflictos, han sido el sustento jurídico de los Jueces cuando pretenden resolver una situación litigiosa donde no exista *norma positiva* que la regule o reglamente, siendo mandatos que permiten o prohíben algo, con una estructura abierta e indeterminada, en la que no aparecen relacionadas unos supuestos de hecho para atribuirle una consecuencia jurídica precisa y determinada, por ello es un criterio auxiliar con fuerza de Ley, para la toma de decisiones.<sup>11</sup> Precisamente en este sentido los principios cumplen dos funciones fundamentales: como *fuerza supletoria*, cuando la Ley deja vacíos y como *fuerza interpretativa* cuando de las normas vigentes no exista claridad en su intención; precisamente estas dos funciones le brindan la importancia que tienen los principios en el ordenamiento jurídico colombiano.

En una visión amplia sobre el concepto, Roberto García<sup>12</sup>, refiriéndose a los principios del derecho enseña que estos son directrices mediante las cuales se justifican racionalmente todo ordenamiento jurídico. Son ideas jurídicas directivas, o pautas generales de valoración. Ello quiere decir, que no son normas jurídicas en sentido técnico, puesto que, se caracterizan por no contener una indicación vinculante de carácter inmediato, para un determinado campo de problemas.

---

<sup>11</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 230. Bogotá: Editorial Temis. 1991.

<sup>12</sup> PRADO, Juan José y GARCIA MARTINEZ, Roberto. Instituciones de Derecho Privado. Buenos Aires: Eudeba, 1986 .p.31.

Para Guillermo Guerrero Figueroa<sup>13</sup>, los principios del derecho constituyen la base primordial de la organización jurídica. Son los fundamentos inspiradores y definitorios del sentido de las disposiciones de derecho con criterio diferente de las otras disciplinas jurídicas. Además este autor determina que, algunos de estos principios sirven también de lineamientos “orientadores en la interpretación de sus normas, y otros como fuentes de las mismas”<sup>14</sup>.

Ahora bien, el tema de los principios para muchos doctrinantes colombianos es muy relevante pues su utilidad en el ordenamiento jurídico es transversal, lo que implica que éstos pueden ser aplicados en la mayoría de los casos en donde no existe una respuesta concreta, debido a esta utilidad es preciso clasificarlos en implícitos y explícitos para una mayor comprensión, tal y como lo describe el ilustre catedrático Manuel Fernando Quinche, quien en su texto de derecho Constitucional Colombiano “*De la Carta de 1991 y sus reformas*”<sup>15</sup> indicó que los principios Constitucionales pueden ser clasificados en implícitos y explícitos. Entendiendo que los principios Constitucionales implícitos se extraen de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico, son normas de mandato que se derivan de enunciados contenidos en la Constitución, que aunque no aparece explícitamente en la carta magna, es norma aplicable en casos de evaluación Constitucional sobre derechos fundamentales. Mientras que los principios constitucionales explícitos son aquellos que se encuentran formulados en el ordenamiento jurídico, ya sean en la propia carta o por remisión del Constituyente, tal es el caso de la Ley 100 de 1993, en donde explícitamente relacionó algunos principios que orientan la seguridad social en Colombia.

Es importante señalar tal y como lo indicó Quinche, los principios por ser normas de carácter específico poseen unas características especiales, a saberse: **(i)** Son

---

<sup>13</sup> GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Santa Fe de Bogotá. ; Leyer, 1999. p. 31.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 31.

<sup>15</sup> Ver: Quinche Manuel Fernando. *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Doctrina y Ley. Bogotá, 2010 (Cuatro edición)

verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato, **(ii)** Son normas de carácter general, aplicables al universo de casos y sin restricción por especialidad jurídica, **(iii)** Son normas que deciden los casos difíciles o complejos, **(iv)** Sus conflictos son resueltos por ponderación.

Todo lo anterior, presupone que los principios como normas cumplen un papel importante en el ordenamiento jurídico, siendo este, el de servir de sustento cuando el legislador ha dejado espacios sin reglamentar, como el caso de la indemnización sustitutiva de pensión que cuenta con sólo siete (7) normas positivas que la reglamenta, lo que actualmente se torna insuficiente en razón a las diversas situaciones fácticas que aún están sin resolver. Así pues, estos vacíos legislativos pueden ser solucionados aplicando los principios constitucionales insertos en la constitución política (*implícitos y explícitos*) y los principios constitucionales relacionados en la legislación laboral por remisión del constituyente (*explícitos*).

Por ello, la intención de este capítulo será ilustrar cómo cada principio ya sea implícito o explícito es importante para el desarrollo de instituciones que han sido desapercibidas en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la *indemnización sustitutiva de pensión*; que a pesar de que en cierta época no fue muy usada en la sociedad por lo nueva que era en el sistema; hoy merece una mayor atención, por cuanto, en la actualidad existe un sin número de personas que se encuentran circunscritas en las esferas de esta reglamentación e igualmente como era de esperarse, el legislador en su momento, no codificó de manera asertiva todas las posibles situaciones fácticas en las que llegaren a situarse estos beneficiarios, por cuanto el derecho varía en cada circunstancia de modo, tiempo y lugar.

### **3.1 Los principios de carácter laboral en la constitución de 1991 y su incidencia con la indemnización sustitutiva de pensión.**

Del análisis del marco constitucional y legal dentro del cual se encuentra enmarcado el derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano es posible destacar los siguientes principios de carácter general que irradian las normas de contenido laboral, y que tienen principal incidencia para la solución de conflictos frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, a saber: **(i)** el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades legales, **(ii)** el principio de estabilidad en el empleo, **(iii)** el principio de igualdad en materia laboral, **(iv)** el principio de irrenunciabilidad de los derechos, **(v)** el principio de favorabilidad, **(vi)** el principio de la condición más beneficiosa, **(vii)** el principio de equidad, **(viii)** el principio de obligatoriedad del trabajo, y **(ix)** el principio de protección del estado.

Por otro lado, se precisa que los principios relacionados anteriormente hacen parte integral del bloque de constitucionalidad en materia laboral lo que implica que su aplicación en la solución de conflictos es obligatoria, ya que dichos principios sirven de sustento en la solución de situaciones que no han sido previstas por el legislador o por las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en materia laboral en virtud del artículo 94 de la constitución política.

Ahora bien, cada principio mencionado se desarrollará separadamente, teniendo como punto relevante su incidencia para la solución de conflictos frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.

### **3.1.1 El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales**

Se puede decir que la conceptualización de este principio es un aporte de la doctrina Americana a la literatura universal del derecho laboral, porque han sido algunos notables doctrinantes latinoamericanos, los encargados de conceptualizarlo en su mayor extensión. Es así cómo se observa que, a los juristas y académicos como el

Uruguayo Américo Plá Rodríguez<sup>16</sup> y el Mexicano Mario de la Cueva<sup>17</sup>, se les debe el desarrollo conceptual de este principio.

Cabe anotar previamente que este principio, comenzó a desarrollarse doctrinalmente de forma esplendorosa desde que el mismo quedó expresamente consignado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, pues antes de la entrada en vigencia de la Carta, la doctrina y la jurisprudencia, en especial la del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, escudriñaban la conceptualización realizada por la doctrina foránea, específicamente la expuesta por los fallecidos tratadistas Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez.

Sobre la consagración Constitucional de este principio, el jurista Francisco Escobar Henríquez<sup>18</sup> resalta la trascendencia del hecho de que por primera vez se incluyera en la Constitución Política una serie de principios del derecho laboral, entre ellos el referenciado; lo cual refleja la necesidad que tuvo el constituyente de elevar a canon constitucional principios que reflejan la esencia del derecho al trabajo.

Francisco Escobar se refiere a este principio en particular para significar que, “prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Lo que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos<sup>19</sup>”.

Para Jairo Villegas Arbeláez, quien también identifica este principio como un mínimo fundamental en materia laboral, hace alusión a que el mencionado “consigna que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la

---

<sup>16</sup> **PLÁ RODRÍGUEZ, Américo**. Los principios del derecho del trabajo. 2ª ed. Buenos Aires; Depalma. 1978.

<sup>17</sup> **DE LA CUEVA, Mario**. Derecho Mexicano del Trabajo. 2ª Ed. Porrúa. México. 1943.

<sup>18</sup> **ESCOBAR ENRIQUEZ, Francisco**. Los principios del derecho laboral en la Nueva Constitución. En: Revista Actualidad laboral. No. 48. Bogotá D.C. Legis. Noviembre – Diciembre de 1991.p. 12

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 94

inversa, como es la creencia generalizada y deformada por el procedimiento<sup>20</sup>”.

Finalmente este principio propio de las relaciones laborales hace referencia a que la realidad acuñada en la Ley siempre tendrá primacía sobre las formalidades que las partes hayan convenido y no pueden éstas (las partes) cambiarle el verdadero sentido a las figuras jurídicas creadas por el legislador. Es así como la Corte Constitucional en la sentencia C- 023 de 1994<sup>21</sup>, lo ha manifestado:

“(…) El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política (…)”

El anterior planteamiento hecho por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia de constitucionalidad, fue uno de los parámetros que reglamentaron el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales que pretenden proteger y garantizar los derechos de los trabajadores y a su vez el de los afiliados al sistema general de pensiones. Pero ¿Cómo se aplica este principio propio de las relaciones laborales en el campo de *la indemnización sustitutiva de pensión?*; el principio de la realidad sobre las formalidades es aplicado en aquellos casos en los que la entidad administradora de pensiones del sector público o privado con sus actos administrativos pacta un acuerdo con los afiliados al sistema pensional y la realidad es otra, o cuando liquida una prestación económica complementaria sin tener en cuenta diversos factores salariales o cuando sustenta una decisión ocultando la realidad del caso. Ejemplo de ello, es cuando un afiliado al sistema

---

<sup>20</sup> VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 179

<sup>21</sup> Véase la sentencia de constitucionalidad C-023, Corte Constitucional, magistrado ponente VLADIMIRO NARANJO MESA, página 15, 1994.

general de pensiones busca el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, pero la entidad administradora de pensiones le niega ésta con fundamento distintos a la realidad que determina el legislador, aquí una de las partes (entidad administradora) ha sustentado su acto administrativo con una norma que no corresponde a la realidad, ocultando la verdad en la decisión<sup>22</sup>.

### **3.1.2 El principio de la estabilidad en el empleo**

En Colombia consagran la estabilidad en el empleo los artículos 53 y 125 de la Constitución Política de 1991, el primero hace alusión a todos los trabajadores y el segundo aplicado a los servidores del Estado. Este principio se erige en factor primordial de protección para el trabajador y en cuanto a los servidores públicos se traduce en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado<sup>23</sup>.

Ahora, el principio de estabilidad tiene un doble fin derivado del principio de seguridad; por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo, además de la remuneración, posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad.

Mediante este principio se busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del empleador.

---

<sup>22</sup> Véase, la sentencia T- 798 del 5 de noviembre del 2009, cuyo magistrado ponente fue LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>23</sup> Sentencia C-479 – 13/08/92. Corte Constitucional con M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

De igual manera la Corte Constitucional en la Sentencia C-023 de 1994, ha desarrollado el principio de la estabilidad en el empleo, así:

“(…) Es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contraría los fines de la persona en sociedad.

La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad. De ahí que sea totalmente irrisoria en algunos casos la compensación por despido injustificado, por cuanto ella no representa casi nada frente a lo que el individuo espera de su actividad laboral, como medio de trascendencia social (…)”

Sin embargo, este principio propio del derecho al trabajo, en el campo de la seguridad social representa un beneficio para los afiliados que han reunido los requisitos exigidos para pensionarse, consistente en que pueden continuar trabajando y cotizando durante cierto término con el fin de aumentar el monto pensional y así poder retirarse en mejores condiciones económicas. Así lo entendió la Corte Constitucional en la Sentencia C-1443 de 2000, prohibiendo al empleador dar por terminada la relación laboral por el mero hecho de habersele reconocido la pensión a un trabajador, dejando abierta la posibilidad de continuar laborando por 5 años más, en función del aumento del monto de la pensión<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Véase, la Sentencia C-107 del 14 de febrero del 2002.

De igual manera sucede cuando la persona reclama *la indemnización sustitutiva de pensión* por no haber reunido los requisitos para pensionarse; y posteriormente ingresa a laborar, aquí al empleador le está prohibido dar por terminada la relación laboral por el mero hecho de habersele reconocido esta prestación económica de *la indemnización sustitutiva de pensión*, dejando abierta la posibilidad al empleado de continuar laborando hasta tanto la Ley ordene su retiro forzoso. Como se puede apreciar es de aplicación directa el principio de la estabilidad aún con posterioridad de haberse reclamado *la indemnización sustitutiva de pensión* garantizando de esta manera para el trabajador un sustento mínimo en su etapa de vejez y una posición y protección constitucional dentro de la sociedad.

### **3.1.3 El principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores y/o afiliados al sistema de seguridad social**

Tal como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C- 517 de 1999, (“) *el principio de igualdad reconocido por el artículo 53 de la Constitución Política implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su empleador. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual.* (“) En este escenario el objetivo constitucional que propugna la igualdad de oportunidades para los trabajadores, se opone a que la naturaleza jurídica o las características particulares del empleador; constituyen causa justa para que se establezcan tratos diferentes o desiguales que vayan en detrimento de ciertos grupos de trabajadores.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-023 del 1994, manifestó respecto del principio de igualdad de oportunidades lo siguiente:

“(…) Se entiende por igualdad de oportunidades *la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación*; es compartir la expectativa ante el derecho, así luego, por motivos justos, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de tener exactamente los mismos bienes, no es posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discernimiento jurídico. Establecer una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes, así luego la vida misma se encarga de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real.<sup>25</sup>

Y es que la diferenciación abstracta implica discriminación. En cambio la diferenciación real es requisito material para que opere la igualdad real, que se funda, según ya se dijo, en la proporcionalidad entre entes que se han diferenciado, se iguala lo diverso. Sin lo anterior se haría imposible, por ejemplo, entender la igualdad dentro del pluralismo, que siempre parte del supuesto de una distinción. Se distingue, pero se equipara, y el acto de equiparar lo diverso se hace con base en la regla de las proporciones. Esta proporcionalidad se extiende en el siguiente principio enunciado por el artículo 53 de la Constitución (…)

En una misma orientación se aplica el principio de la igualdad de tratos y/o oportunidades en el desarrollo y reconocimiento de *la indemnización sustitutiva de pensión*. Aquí el principio de la igualdad entre los afiliados al sistema de seguridad social es la piedra angular que delimita la arbitrariedad de las entidades administradoras de pensiones, por lo que éstas no pueden aplicar una norma que tiene un sentido de manera diferente para casos análogos; ejemplo de ello sería el caso de: *una persona que no pudo pensionarse y optó por reclamar las 300 semanas que laboró durante toda su vida laboral, desde 1960 hasta 1997, siendo reconocida éstas por parte de la entidad administradora de pensiones de Bogotá; mientras que, otra persona que realizó el mismo trámite para reclamar las 305 semanas que laboró durante 1960 hasta 1998, pero le fue negado dicho derecho por parte de la administradora de pensiones de*

---

<sup>25</sup> Cfr. ABEL NARANJO VILLEGAS. *Filosofía del Derecho*. Bogotá. Temis. 1990.

*Bucaramanga*; en este último trámite se puede invocar la aplicación del principio a la igualdad de tratos entre los afiliados en el sistema de seguridad social y lo más razonable es que el operador del derecho (Juez) conceda la aplicación de este principio, observando por supuesto lo análogo que sean los casos.

### **3.1.4 El principio de la irrenunciabilidad de los derechos**

Uno de los principios enunciados por el artículo 53 de la Constitución Política es el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. La irrenunciabilidad también se consagra a nivel legal en el Artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

El principio de irrenunciabilidad de los derechos es un mecanismo de protección para los trabajadores, lo que implica preguntarse ¿Por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales?, quizás por la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional en Sentencia C-023 de 1994 ha planteado que el principio de irrenunciabilidad de los derechos va de la mano con el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece:

*(“) que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Pues no se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto y ha luchado por implantar beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, porque para renunciar jurídicamente a la dignidad*

*humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo.*

*Según la Teoría del Estado Social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo (que es de interés general), se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser. (“)*

La Corte Constitucional ha entendido que este principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluyendo los vinculados con la seguridad social, es un mecanismo de protección a los trabajadores y/o afiliados. Por ello, el derecho a la pensión, y su manifestación alterna, esto es, el derecho a *la indemnización sustitutiva*, al ser uno de los derechos laborales mínimos constitucionalmente protegidos, también es irrenunciable, ejemplo de ello se encuentran las siguientes sentencias: T-513 de 2007, T-286 del 2008, T-180 del 2009, T- 707 del 2009, T-849<sup>a</sup> del 2009, T-080 del 2010, T-364 del 2010, cuyos magistrados ponentes fueron: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa, Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Ignacio Pretelt, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa.

Lo anterior significa que, a pesar de que el principio de la irrenunciabilidad de los derechos es propio del derecho al trabajo, su aplicabilidad en el campo de la seguridad social es directa por cuanto existe una estrecha relación entre los derechos adquiridos con ocasión del trabajo y los derivados de la seguridad social que pretenden efectivizar las garantías ofrecidas por el Estado Social de Derecho.

Indicó la Corte Constitucional que el principio de la irrenunciabilidad tiene una doble connotación en materia pensional: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la Seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión

y a las prestaciones suplementarias de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural. Igualmente aseveró que, la irrenunciabilidad de las pensiones y de las prestaciones suplementarias garantiza el cumplimiento de los deberes de los afiliados al sistema de seguridad social, y pone de presente el aspecto solidario y mancomunado de los subsistemas pensionales que lo integran.

De igual manera sostuvo que, esa irrenunciabilidad de las pensiones, y más precisamente de las figuras alternas como la indemnización sustitutiva de pensión, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional. De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen. La renuncia voluntaria a las pensiones implicaría, por ejemplo, la desaparición de la obligación de cotizar al sistema, con grave riesgo para el fondo común y solidario en que se basa el sistema de prima media, y también para la satisfacción de las garantías ofrecidas por el sistema de ahorro individual, el cual, por lo demás, también tiene un componente solidario que depende de la disciplina en los aportes.

### **3.1.5 El principio de favorabilidad**

Este principio está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, he indica que cuando coexistan dos o más normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplica a la solución del mismo caso, en este evento se aplica la norma más favorable al trabajador. Además este principio genera la inescindibilidad o conglobamiento, es

decir, no se puede extraer de cada norma lo favorable y armar un nuevo texto; solo se puede escoger una norma y aplicarla en su integralidad.

Sin embargo, saber si una norma es o no favorable a un trabajador no depende de la apreciación subjetiva de los interesados, sino que se resuelve objetivamente en función de los motivos que han inspirado las normas. La confrontación de las normas debe ser hecha de manera concreta, buscando cuál es la más o menos favorable.

Según la Sentencia T-036 del 2011 de la Honorable Corte Constitucional, señaló respecto del principio de la favorabilidad:

*(“) el principio de favorabilidad opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo. (“)*

En materia de seguridad social el principio de favorabilidad ha sido muy utilizado por los operadores del derecho (Jueces) cuando resuelven situaciones que merecen una solución favorable al afiliado, puesto que la situación fáctica lo amerita; como por ejemplo el caso de las personas que son beneficiarias del régimen de transición y las entidades administradoras de pensiones al momento de hacer el estudio para reconocerles ciertos derechos pensionales no las ubican en dicho régimen de transición.

En el caso de la *indemnización sustitutiva de pensión* el principio de favorabilidad ha sido la fuente formal para resolver asuntos que no estaban reglamentados en el Decreto 1730 del 2001; un ejemplo claro de ello es cuando la entidad administradora encargada de reconocer la prestación económica suplementaria (*indemnización*

*sustitutiva de pensión*) exigía como presupuesto para ser beneficiario de este derecho el haber cotizado al sistema de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, a partir de su vigencia. Situación que era desfavorable para aquellas personas que se retiraron del servicio antes de entrar a regir la citada Ley. Aquí, precisamente la Corte Constitucional en Sentencia T-059 del 2011, utilizando el principio constitucional de favorabilidad para el afiliado sostuvo que no era presupuesto necesario el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia para que se reconociera la indemnización sustitutiva de pensión, logrando una armonía para quienes eran afiliados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y para quienes eran afiliados con posterioridad de la vigencia de dicha Ley.

### **3.1.6 El principio de la condición más beneficiosa**

Este principio se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 53 y 215 de la Constitución Política de 1991, he implica que las fuentes de producción normativa laboral carecen de virtualidad para desmejorar la situación jurídica del trabajador, es decir, las nuevas normas laborales derogan los precedentes siempre y cuando signifiquen un beneficio para el empleado al que deba aplicarse, con respecto al régimen que éste venía gozando.

De acuerdo a lo ilustrado por **Fabián Ignacio Hernández Henríquez** en su escrito "*Derecho laboral*"<sup>26</sup>, el principio de la condición más beneficiosa tiene su aplicabilidad por analogía en el tema de las prestaciones económicas cuando una norma que aparece en el ordenamiento jurídico desmejora las condiciones de los afiliados.

*(“) el principio de la condición más beneficiosa fue incluido en la Constitución de 1991 en los artículos 53 y 215, La Ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden*

---

<sup>26</sup> Hernández Henríquez, Fabián Ignacio, "Derecho laboral". Apuntes del Diplomado de Derecho Laboral, Instituto de Posgrados Forum, Universidad de La Sabana, 2011.

*menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, y el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores...*

*Significa esto que las nuevas normas laborales y de seguridad social no pueden desmejorar la situación del trabajador o del afiliado; si a un empleado y/o afiliado viene disfrutando de un régimen de beneficios, la ley posterior no puede derogarlo salvo que la modificación redunde en un beneficio adicional. Como resultado no se aplicará la condición más beneficiosa a quienes fueron contratados y/o afiliados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma. Como la condición más beneficiosa busca establecer en qué condición queda el empleado y/o afiliado cuando hay un cambio de regulación, es de vital importancia éste en el tema que nos ocupa ya que la modificación de regulaciones en la seguridad social puede darse y en algunos casos es un imperativo que se dé. (..)*

En un sentido similar el profesor **Ricardo Barona Betancourt**, en su publicación “*Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano*” hecha en la Revista Criterio Jurídico Garantista, indicó frente al principio de la condición más beneficiosa que:

*“(...) es de carácter protector y se entiende como el reconocimiento de una condición concreta que debe ser respetada en caso de un cambio normativo. La condición más beneficiosa no implica que la ley no se pueda modificar ni que puedan existir cambios normativos o derogación de leyes, por el contrario la condición más beneficiosa supone que al momento de un cambio normativo o de sucesión normativa, no se pueden desmejorar o menoscabar los derechos de los trabajadores consagrados en leyes anteriores. Si una norma nueva al momento de su expedición contraria este principio, dicha norma es inconstitucional, pues como ya se mencionó es un principio de consagración constitucional que busca la protección de la parte débil de la relación laboral (...)”*

Este principio de condición más beneficiosa fue aplicado por el Consejo de Estado en una de sus providencias<sup>27</sup> al resolver un conflicto referente a la indemnización sustitutiva de pensión entre el artículo 1 del decreto 4640 del 2005 que modificó el artículo 1 del decreto 1730 del 2001, por cuanto la nueva norma desmejoraba los derechos de los afiliados consagrado en el decreto reglamentario anterior, por lo

---

<sup>27</sup> Sentencia del 17 de julio del 2003, M.P Ana Margarita Olaya Forero.

que el Consejo declaró la nulidad de varios de sus apartes por ser violatorio de dicho principio constitucional.

### 3.1.7 El principio de equidad

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, y supone una guía en la labor judicial o administrativa que no sólo resulta necesario cuando existe un vacío normativo para la solución de una controversia determinada.

La equidad ha tenido un papel reservado dentro de la actividad judicial y administrativa en Colombia. Aún después de su consagración constitucional como *criterio auxiliar* de la actividad judicial<sup>28</sup>, se ha asumido que se trata solo de una fuente supletoria de derecho, y no la más importante de éstas; así mismo, la indeterminación del concepto lleva a considerar que, en principio, la resolución de conflictos apelando a la equidad comporta un grado inaceptable de arbitrariedad.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T – 1046 del 2007 desarrolló el tema de la equidad de la siguiente manera:

*(“) Sobre el concepto de equidad, al estudiar si el artículo 230 de la Constitución habría derogado algunas disposiciones de la Ley 153 de 1887, reparó en el alcance de la equidad como fuente de derecho, que ésta constituye la proyección del concepto de justicia del juzgador al caso concreto. En este sentido, la aplicación de la equidad requiere, o bien la ausencia de una norma de rango legal aplicable al caso, o bien la existencia de diversas posibilidades legítimas al momento de tomar la decisión.*

*Sin embargo, en la sentencia T-518 de 1998<sup>29</sup>, la Corte comenzó a precisar cómo la equidad es un criterio que puede ser utilizado, sin que por ello el juzgador imponga su visión propia de*

---

<sup>28</sup> Véase la Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>29</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*justicia, lo que llevaría a la misma indeterminación de la crítica inicial. La Corte indicó que la equidad es un desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.*

*Así, se parte de la evidencia de que el legislador no puede prever todos los conflictos que se presenten en la realidad, ni la forma en que se presentan, ni casos extremos en los cuales disposiciones legales ajustadas a la Carta en circunstancias normales, pueden producir resultados ajenos al respeto por los derechos fundamentales, el principio de equidad hace necesario que el juez proyecte las provisiones legislativas, de acuerdo con los matices del caso concreto: “De acuerdo con el principio de equidad, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real”<sup>30</sup>.*

*Manteniéndose esta concepción de la equidad, como un elemento necesario para que la adjudicación pueda aplicar las disposiciones generales de la ley a las imprevisibles condiciones que la realidad impone, esta la Corte Constitucional, al estudiar la posibilidad de que el juez civil aplique criterios de equidad en sus decisiones<sup>31</sup>, indicó que: “(...) la equidad – al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes”<sup>32</sup>.*

Posteriormente, avanzando en la concreción del concepto de equidad y su papel en la justicia constitucional, la Corte llamó la atención sobre la *constitucionalización* de la equidad\*, asumiendo de forma sistemática el estudio de sus rasgos, su ámbito de aplicación en la tarea de adjudicación, y su materialización en la justicia constitucional.

El lugar de la equidad en el ordenamiento, se encuentra en los *espacios* dejados por el legislador<sup>33</sup>, es decir, en los aspectos que escapan a la regulación legislativa, bajo dos hipótesis principales: (i) la ausencia de norma expresa para resolver un caso concreto, y (ii) la

---

<sup>30</sup> Sentencia T-518 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>31</sup> Sentencia C-1547 de 2000, (M.P. (E) Cristina Pardo Schlesinger).

<sup>32</sup> *Ibídem*.

\* Esta *constitucionalización*, se ve reflejada en la existencia de un gran número de disposiciones constitucionales, que asocian las normas y derechos constitucionales en criterios de equidad. (Cfr. Sentencia SU-837 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>33</sup> *Ibídem*.

imposibilidad de las normas de dar cuenta de situaciones de hecho excepcionales que, en principio, sí se encuentran contempladas por las disposiciones legales. En tal caso, “*La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto*”. La equidad, entonces, se hace presente no sólo en ausencia de la ley, sino cuando su aplicación estricta produce un resultado abiertamente injusto.”

En la misma sentencia (SU-837 de 2002), la Corte Constitucional consideró que los rasgos esenciales de la equidad son: (i) “*la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver*”; (ii) la búsqueda de un “*equilibrio adecuado en la asignación de las cargas y beneficios*”; y (iii) “*la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso*”<sup>34</sup>

*Dentro del marco planteado, la Corte concluyó que la equidad en el ámbito judicial colombiano, se materializa en las instituciones del arbitramento, los jueces de paz, y la acción de tutela que persigue la protección de los derechos fundamentales, bajo un enfoque de equidad constitucional, en los siguientes términos: “La tutela, es, en esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.”*<sup>35</sup>

*En materia pensional, la necesidad de que el juez realice ejercicios de ponderación basados en criterios de equidad, ha sido establecida expresamente por la jurisprudencia constitucional*<sup>36</sup>, poniendo énfasis en que el resultado de este análisis ayuda a determinar la razonabilidad de las cargas impuestas a los sujetos procesales. En este orden de ideas, al considerar el caso de un ciudadano de la tercera edad, y en estado de invalidez, que no cumplía un requisito de tiempo mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, ni a la posibilidad de redimir anticipadamente el bono pensional, la Corte consideró que, habida cuenta de las circunstancias del caso, el requisito se constituía en una carga irrazonable, y por tanto concluyó que: “(...) los Jueces de instancia no podían negar el amparo deprecado, por cuanto jurisprudencialmente la Corte ha sostenido que los mismos no pueden someter a trámites procesales dispendiosos a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, ya que nada distinto a lo que ya se conoce habrá de establecerse, por lo mismo

---

\*\* Para ilustrar esta idea, la sentencia referida acude al proverbio *summum ius, summum iniuria*, muy difundido en la tradición jurídica colombiana, que establece que el derecho, aplicado de forma absoluta, puede derivar en las mayores injusticias.

<sup>34</sup> *Ibídem.*

<sup>35</sup> *Ibídem.*

<sup>36</sup> En la sentencia T-084 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

*sus decisiones están en abierto desconocimiento de la especial protección que la Constitución Política dispone en su favor, así como de la garantía constitucional a vivir dignamente”.*<sup>37</sup>

*Así pues, la equidad es un criterio que guía la labor judicial que no sólo resulta necesario cuando existe un vacío normativo para la solución de una controversia determinada. La equidad, especialmente en el ámbito de la justicia constitucional constituye un valioso criterio para distribuir las cargas procesales, y una forma de aplicación de la ley, en la cual ésta se acerca a las circunstancias concretas de la realidad, trascendiendo, en el momento de la adjudicación, el plano de abstracción y generalidad que la definen.*

En materia pensional y prestaciones económicas el principio de equidad (Art. 230 de la Constitución Política de Colombia) juega un papel importante al momento de interpretar la Ley por parte de los operadores del derecho, sobre todo en asuntos donde hace parte sujetos de especial protección como el caso de los ancianos, discapacitados físicos o mentales, precisamente frente a esta situación la Corte Constitucional fijó el criterio según el cual la aplicación de una disposición no puede imponer la exigencia de determinados requisitos que resulten imposibles de cumplir a aquellas personas consideradas sujetos de especial protección constitucional; ejemplo de ello es el cumplimiento de las 500 semanas posteriores al traslado de régimen a aquellas personas que están en imposibilidad de cumplir debido a su avanzada edad o a su deplorable estado de salud. (*Literal b del Art. 61 de la Ley 100 de 1993 y Art. 18 del Decreto 3798 del 2003*).

Así mismo debe entenderse para los casos de la indemnización sustitutiva de pensión, en la medida que no debe exigírsele el cumplimiento de determinados requisitos que resulten imposibles de cumplir a los sujetos de especial protección por parte del Estado. **(T- 084 del 2006; T-708 del 2009; T- 707 del 2006)**

### **3.1.8 El Principio de la obligatoriedad del trabajo**

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*

Este principio se ubica en el artículo 25 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 7 del Código Sustantivo del Trabajo, encontrando su pilar en la necesidad de colaboración que debe existir entre los miembros de una sociedad para llegar a un desarrollo competitivo internacional y a su vez, mantener un equilibrio social acorde con las necesidades de los ciudadanos, este objetivo implica que cada uno de los individuos aporte su fuerza laboral, convirtiéndose en una obligación social adquirida por el individuo en pro de la comunidad. Al respecto, no se encuentra un ejemplo concreto que delimite dicha conceptualización, en consideración a que es un mandato de optimización y un principio programático que persigue fines e ideales propios de un Estado Social de Derecho.

### **3.1.9 El Principio de protección del trabajo**

Este principio está concebido en el preámbulo, en los artículos 1, 25, 26 y 53 de la Constitución Política, en los artículos 56 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y sus normas reglamentarias.

Se define como la garantía ofrecida por parte del Estado a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores, dentro de estas garantías encontramos la organización institucional creada a fin de *“prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección y eficacia de sus derechos”*.

Ahora, para relacionar este principio con el tema de la seguridad social en materia pensional, es necesario precisar que, el Estado por intermedio de sus instituciones ha adoptado medidas para garantizar los derechos de las personas, tal es el caso del subsidio otorgado por intermedio de “Porvenir”, a aquellas personas que por sus escasos recursos no alcanzan a cubrir la totalidad de sus aportes, en donde lo que busca dicho subsidio es cubrir la totalidad del aporte periódicamente para que el afiliado al cumplir con los requisitos de ley logre la satisfacción de su derecho

pensional, precisamente en esta situación se ve materializado el principio en mención. En lo que atañe con la indemnización sustitutiva de pensión, es preciso indicar que, el Estado al devolverles los aportes a las personas que no cumplieron con los requisitos legales exigidos por el legislador para pensionarse garantiza los derechos de los trabajadores, entre los que encontramos el derecho al mínimo vital.

### **3.2 Los principios fundamentales establecidos en la legislación laboral<sup>38</sup>, y su incidencia con la indemnización sustitutiva de pensión en Colombia**

Es importante destacar que, al igual que los principios que se encuentran inmersos en la constitución política, existen otros principios ubicados en la legislación por remisión del constituyente, éstos son considerados herramientas valiosas para los operadores del derecho (Jueces) al momento de resolver conflictos de relevancia nacional. Pero igualmente estos principios son de mayor importancia cuando se pretende dar claridad y desarrollar institutos jurídicos creados por el legislador como alternativas a derechos principales, este es el caso de *la indemnización sustitutiva de pensión*.

Por ello es preciso señalar que los principios generales del derecho laboral y de la seguridad social son relevantes frente a la *indemnización sustitutiva de pensión*, son el sustento a los vacíos facticos no regulados por el legislador, cuya configuración positiva sólo se limitó a lo establecido en tres (3) normas generales<sup>39</sup> consagradas en la ley 100 de 1993 y en ocho (8) normas reglamentarias estipuladas en el Decreto 1730 del 2001, que de por sí contemplan imprecisión en cuanto a la intencionalidad de las mismas. Por lo tanto, es innegable que los principios de derecho laboral y de la seguridad social adquieren un mayor sentido en este tipo de instituciones jurídicas, pues determina los parámetros para el desarrollo y solución de situaciones

---

<sup>38</sup> Entendiéndose específicamente a los principios estipulados en el Código Laboral y en la Ley 100 de 1993 (Seguridad Social).

<sup>39</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículos. 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993. En: Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

fácticas no previstas por el ordenamiento positivo. Como se aprecia, es indiscutible que la función que cumplen los principios del derecho laboral y de la seguridad social frente a los vacíos dejados por el legislador o frente a las imprecisiones de los postulados normativos en institutos jurídicos como *la indemnización sustitutiva de pensión* garantiza la visión cosmopolita del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, del análisis del marco legal<sup>40</sup> es posible destacar los siguientes principios que tienen principal incidencia para la solución de conflictos frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, a saber: **(a)** el principio de universalidad, **(b)** el principio de solidaridad, **(c)** el principio de eficiencia, **(d)** el principio de progresividad, **(e)** el principio de favorabilidad, **(f)** el principio de subsidiaridad, **(g)** el principio de imprescriptibilidad, **(h)** el principio de participación, **(i)** el principio de unidad e integridad, y **(j)** el principio de unidad e integralidad.

### **3.2.1 El principio de universalidad**

El principio de universalidad consagrado en el Art. 2 de la Ley 100 de 1993, garantiza la prestación del servicio de seguridad social a todas las personas que habitan el territorio colombiano; es decir el Estado por intermedio de sus instituciones está en la obligación de garantizarle la cobertura del servicio de salud, pensión y riesgos profesionales *a todas las personas* que cumplan unos estándares mínimos exigidos para la obtención de estos servicios públicos, ya que la función de la seguridad social es proteger al ser humano, dentro de una determinada colectividad social, sin importar a qué dedique su existencia. El acceso a la protección es para *toda persona*, y se constituye en un derecho subjetivo público.

La Corte Constitucional en sentencia C- 134 de 1993 se ha pronunciado respecto del principio de la universalidad en los mismos términos, obsérvese:

---

<sup>40</sup> El Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 100 de 1993.

“(…) La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas (…)”

Al igual que el Estado garantiza la cobertura *a todos los habitantes* respecto de los diferentes tipos de pensión, en el mismo sentido lo hace para con las prestaciones económicas suplementarias (indemnización sustitutiva de pensión); pues el hecho de ser un derecho suplementario no lo excluye de la protección brindada por el Estado dentro del marco de la Seguridad Social Integral, por el contrario como su nombre lo indica es un complemento a un derecho principal y como derecho complementario goza de todas las prerrogativas y las garantías para con todos los beneficiarios.

Un caso típico de violación a los preceptos de universalidad, sucede cuando las entidades administradoras de pensión imponen en todo el territorio colombiano condiciones no contempladas en el ordenamiento para el reconocimiento de este tipo de prestaciones, teniendo que intervenir necesariamente la Corte Constitucional para fijar correctamente el precedente que oriente y garantice el principio de universalidad, protegiéndole los derechos irrenunciables a todas las personas que hagan parte del sistema integral.

Otro ejemplo en el que se aplica el principio de universalidad, sucede cuando el Estado dispone de una parte de sus recursos del presupuesto nacional para cubrir los gastos derivados del sistema de la seguridad social, depositándolos en un fondo especial llamado “FOSYGA”, con esto se suple el déficit económico del sistema, para que de esta manera se garantice un cubrimiento efectivo y real de los derechos sociales (salud y pensiones) a toda la población. Ello implica que el sistema siempre cuente con recursos que garanticen y satisfagan a toda la población los derechos

derivados de la seguridad social integral y entre estos encontramos las prestaciones económicas suplementarias.

En definitiva el mencionado principio de universalidad garantiza a todos los habitantes del territorio el respeto por los derechos incorporados dentro del sistema integral de la seguridad social que incluye entre éstas las prestaciones económicas suplementarias y a su vez impone cargas para quienes en su etapa productiva garanticen como mínimo su propia subsistencia dentro de la sociedad, siendo obligación del Estado procurar por el acatamiento de los preceptos determinados por el legislador, así como la protección de los derechos de estas mismas personas. En este punto precisamente la Corte Constitucional en sentencia C-130 del 2002 ha precisado que *“la universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”*.

### **3.2.2 El principio de solidaridad**

De acuerdo con lo indicado por el Dr. Calvo León<sup>41</sup>, el principio de la solidaridad es considerado como:

*(“) la otra cara del principio de universalidad. Si con el principio de universalidad se pretende la protección a toda la población, es decir, se conceden derechos derivados de la seguridad social a todos los pobladores, con el principio de solidaridad se enuncia que toda la población, en la medida de sus posibilidades, debe contribuir económicamente al financiamiento de aquella protección (“)*

---

<sup>41</sup> Calvo León, Jorge Iván. *“Principios de la seguridad social”*. 1998

Una reflexión importante hecha por la Corte Constitucional en sentencia C-760 del 2004 al referirse al principio de la solidaridad en el actual sistema jurídico, contemplado en la Constitución, no sólo vincula a todos los particulares sino también al mismo Estado, que en su condición de garante de los derechos de los coasociados está comprometido a prestar el apoyo que requieran las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la dignidad humana.

Igualmente la sentencia C-126 de 2000 determinó lo siguiente respecto del principio de la solidaridad:

“(...) el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. Adicionalmente, de conformidad con la Constitución y la ley, es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante la participación, dirección y control del sistema, asegurando que los recursos públicos en dicho sistema se destinen de manera preferente a los sectores más vulnerables de la población. La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad (...)”

En la misma publicación hecha por el doctrinante Jorge Iván Calvo León en la revista jurídica de seguridad social en el año 1998, se indicó: *(“ en la práctica, la solidaridad se manifiesta como el sacrificio de los jóvenes respecto de los ancianos, de los sanos frente a los enfermos, de los ocupados ante quienes carecen de empleo, de quienes continuamos viviendo ante los familiares de los fallecidos, de quienes no tienen carga familiar frente a los que sí la tienen, etc. (“*

En este mismo sentido la Corte en sentencia C-130 del 2002 ha precisado que el principio de solidaridad *exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas,*

*vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren.*

Igualmente la Corte Constitucional en la sentencia C- 111 del 2006, resume los aspectos más importantes de esta institución jurídica, así:

“(…) El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten. En segundo término, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo (...)”

Teniendo en cuenta lo antedicho, el Ministerio de la Protección Social ha dicho:

*(“) respecto de la universalidad se han dado grandes avances, pero no puede decirse lo mismo en relación con el principio de solidaridad, pues el sostenimiento del sistema se ha mantenido prácticamente igual. Por ello, es necesario avanzar en el desarrollo de la solidaridad, estableciendo la contribución forzosa de todos los que participan en el proceso de producción de una manera más rigurosa. En este avance es de particular importancia la obligatoriedad de la contribución a la seguridad social de todos los trabajadores dependientes e independientes. Esa precisamente ha sido la tarea del legislador en los últimos años, al buscar extender a*

*todos los habitantes del territorio nacional el régimen de pensiones de manera obligatoria tanto para los trabajadores dependientes como para los trabajadores independientes<sup>42</sup> (“)*

Según lo mencionado por el Ministerio implica que los afiliados al sistema contribuyan económicamente al financiamiento del mismo (*Aplicación del principio de solidaridad*), y concomitante a ello al financiamiento de las prestaciones económicas suplementarias, dentro de las cuales se ubica la *indemnización sustitutiva de pensión*.

### **3.2.3 El principio de la eficiencia**

Según el Artículo 2 de la Ley 100 de 1993, la eficiencia hace relación a: *“la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.”*

Igualmente la Corte en sentencia C-543 del 2007, ha indicado que el principio de eficiencia consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social.

Según la Sentencia C-623 del 2004, la Corte Constitucional indicó:

*(“) cuando hablamos de eficiencia en materia pensional, aludidos a obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho en el régimen pensional. Este principio se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (“)*

---

<sup>42</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Ley 797 del 2003, art. 2. En: Diario Oficial No. 45079 - 29 enero de 2003.

En cuanto a las prestaciones económicas suplementarias como la indemnización sustitutiva de pensión corre la misma suerte de la regla general de las pensiones, aquí el principio de la eficiencia está encaminado a obtener la mejor utilización de los recursos disponibles para garantizar en el término oportuno y adecuado el reconocimiento y pago de ésta prestación pensional.

### **3.2.4 El principio de progresividad**

El principio de progresividad que consiste según la Sentencia T- 211 del 2006<sup>43</sup>, *en que el Estado tiene el deber de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población.*

Este principio es sumamente importante en materia de prestaciones suplementarias, como el caso de la *indemnización sustitutiva de pensión*, por cuanto limita al legislador para establecer medidas que vayan en retroceso de los avances logrados a favor de los afiliados, garantizando la consecución del goce pleno de estas garantías dadas en un primer momento por el mismo legislador.

Para el doctrinante Jorge Iván Calvo León<sup>44</sup>, el principio de la progresividad tiene dos concepciones:

*(“) Significa por un lado que los beneficios de la seguridad social deben crearse paulatinamente y continuar elevando progresivamente los beneficios más allá de los niveles mínimos de protección. Significa al mismo tiempo que una vez superada una fase evolutiva en relación con el contenido de las prestaciones no es dable retrocederse a otra etapa.*

---

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

<sup>44</sup> Calvo León, Jorge Iván. *“Principios de la seguridad social”*. 1998

*Desde luego que la progresividad de los beneficios debe verse en forma global, de manera que la supresión de un beneficio en sí misma no significaría una infracción a este principio de evolución progresiva, sino que debe verse el sistema como un todo, de manera que es perfectamente entendible la disminución o supresión de un beneficio en relación con el aumento o creación de un beneficio distinto en otra área del sistema de seguridad social (“).*

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C- 288 del 2012, ha señalado frente al principio de la progresividad:

*(“) el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso. El alcance del principio de progresividad se reduce, así entendido, al imperativo de aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales, por lo que no puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco, como se explicará más adelante, negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos (“)*

Igualmente la Corte Constitucional en la misma sentencia ha manifestado que:

*(“) este principio de progresividad genera una limitación para el legislador de establecer medidas que vayan en retroceso de los avances que se hayan logrado a favor de los afiliados y, en consecuencia, desarrolló la doctrina de la “inconstitucionalidad prima facie” de las medidas regresivas, según la cual toda medida regresiva se presumirá desde su inicio como inconstitucional y le corresponderá al legislador argumentar que la medida es proporcionada y se ajusta a la Constitución. Ya que puede suceder que los Estados enfrenten dificultades, que hacen imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado,*

*por lo que la prohibición de los retrocesos no puede considerarse absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie (“*

Un ejemplo de la aplicación del principio de progresividad en materia de prestaciones suplementarias, acaeció con la promulgación del Decreto 1730 del 2001, que reglamentó la indemnización sustitutiva de pensión, allí en su Art. 1, el legislador estableció una medida que iba en retroceso de los avances que se habían logrado a favor de los afiliados con el literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha norma reglamentaria pretendía causar el derecho a la indemnización sustitutiva de pensión sólo a aquellas personas que hubieren cotizado con posterioridad a la vigencia del sistema general de la seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, lo que indudablemente iba en contravía de lo estipulado en el Art. 13 de la propia Ley 100 de 1993, que manifestaba que las prestaciones determinadas en esa norma se aplican aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. En vista de las anteriores razones el Consejo de Estado en sentencia del 17 de Julio del 2003, mediante la invocación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad declaró NULO y retiro del ordenamiento jurídico la frase con posterioridad a la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones, consagrada en el Art. 1 del Decreto 1730 del 2001.

### **3.2.5 El principio de la subsidiaridad**

El principio de subsidiariedad se concibe como un principio de carácter organizacional de naturaleza política y jurídica que se aplica a la distribución de competencias entre el Estado y la sociedad, en donde por regla general el Estado no debe intervenir en las actividades que le son de competencia de la sociedad; a menos que por inexistencia o deficiencia de la acción de las personas que conforman la sociedad, deba el Estado intervenir por convenir al interés general y al bien común (Regla excepcional).

Si bien, el Estado mediante programas especiales y/o fondos especiales ha implementado el principio de subsidiaridad en el campo de las pensiones y correlativamente al campo de las prestaciones económicas suplementarias, en el que no hace parte la indemnización sustitutiva de pensión, coadyuvando a los afiliados que por sus condiciones sociales, económicas y físicas no han podido continuar cotizando en las contingencias de vejez, invalidez y sobreviviente. En este fondo de solidaridad pensional a cargo el Seguro Social (Ahora COLPENSIONES) junto con el Ministerio de la protección Social y el Consorcio Prosperar, nace con la Ley 100 de 1993, y se reglamenta con el Decreto 3771 del 2007, *“como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social, destinado a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, así como el otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.”*

En el caso de la indemnización sustitutiva de pensión es necesario precisar que, los subsidios que han sido otorgados por el Estado para financiar las pensiones a ciertos afiliados, en los casos en que no se logre reunir los requisitos para pensionarse, NO son otorgados a los afiliados junto a la indemnización sustitutiva de pensión, según lo dispuesto por el Numeral 2 del Artículo 27 del Decreto 3771 del 2007. Aquí la entidad administradora de pensiones tiene que devolver el subsidio al fondo de solidaridad pensional.

Por ende, la aplicación del principio de subsidiariedad en cuanto a la indemnización sustitutiva de pensión, no tiene mayor incidencia si se considera lo expresado anteriormente por el legislador, cuyo único propósito es coadyuvar a la persona que logra reunir los requisitos para pensionarse y no para aquella persona que no lo logra y tiene que solicitar como compensación la prestación suplementaria (*indemnización sustitutiva de pensión*), pero con la aclaración de que en la misma no se liquida lo otorgado como subsidio.

### 3.2.6 El principio imprescriptibilidad

El principio de la imprescriptibilidad hace referencia a que las prestaciones económicas como la pensión, la indemnización sustitutiva de pensión y todas aquellas prestaciones relacionadas con la seguridad social no tengan término de prescripción para su reconocimiento.

Quizás en la actualidad el caso más relevante en el que se aplicó el principio de imprescriptibilidad frente a la indemnización sustitutiva de pensión ha sido el caso en que la Corte en sentencia T- 155 del 2011 dijo: (“) *La imprescriptibilidad opera tanto en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional y en lo atinente a la solicitud de pago del mismo, es decir, que la indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en cuanto a su derecho y en cuanto a su pago, lo que significa que no puede aplicársele el Art. 50 del Decreto 758 del 1990, que establecía el término de 1 año para reclamar el pago de las demás acreencias pensionales después de reconocido el derecho* (“). Lo anterior se determinó por cuanto no es lo mismo perder por prescripción las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas, que perder por prescripción lo concedido en una indemnización sustitutiva de pensión, ya que la pensión continua periódicamente por tiempo ilimitado, mientras que la indemnización sustitutiva de pensión es limitada y se reconoce por una sola vez; este reconocimiento hace las veces de la pensión pero en una sola mesada, por lo que perder por prescripción este derecho equivale a despojarlo de la totalidad de los recursos con lo que contaba el solicitante.

### **3.2.7 El principio de participación**

Según el Art. 2 de la Ley 100 de 1993, el principio de la participación es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Básicamente este es un principio propio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo propósito es fomentar y crear espacios para la participación ciudadana en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema en su conjunto y, en particular, en la representación de las comunidades en las Juntas directivas de las Instituciones Prestadoras de Salud públicas.

De acuerdo con la Sentencia T-752 del 2008 y la Sentencia T 539 del 2009, proferida por la Honorable Corte Constitucional, (*“ la participación como parámetro para garantizar el goce efectivo de la seguridad social determina que los beneficiarios han de contar con la posibilidad real y efectiva de participar en la administración del sistema, lo cual, a su vez, señala la obligación en cabeza del Estado consistente en garantizar el derecho a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente “*)

En el campo de las pensiones, el principio de participación se encuentra limitado en la medida que el sistema está administrado por los Fondos privados y por las instituciones del sector público (Instituto de Seguro Social ahora COLPENSIONES,

cajas de compensación familiar, etc.), aquí el encargado de supervisar y vigilar la gestión de estas instituciones es el propio Estado por intermedio de sus instituciones, quien vela por la prestación de un servicio público eficiente de seguridad social, quizás el único aspecto comunicativo entre la comunidad pensional y el sistema de pensiones es la defensoría del consumidor financiero, creada por la Ley para atender las quejas y reclamos frente al sistema.

Se cree a priori que la aplicación del principio de participación en relación con las prestaciones económicas suplementarias no es prolifera, en la medida que es un principio que trata de regular el sistema en conjunto y su aplicabilidad frente a cada instituto jurídico es inoperante.

### **3.2.8 El principio de unidad e integralidad**

De acuerdo con este principio, el sistema de seguridad social como un todo, debe funcionar con criterios congruentes y coordinados, y otorgar prestaciones o beneficios similares para los diferentes colectivos que se protegen.

Lo que se enfatiza con este principio es que debe existir una congruencia en la gestión de las diferentes entidades que participan en la administración del sistema de seguridad social, y en los beneficios otorgados por ellas, de modo que la multiplicidad de instituciones no quiebre el principio de igualdad.

Este principio se analiza desde el punto de vista del beneficio de la institución y muy poco del afiliado; por cuanto cada seccional administradora de pensiones del país están directamente comunicadas entre sí, para negar los beneficios legalmente estipulados a los afiliados, prueba de ello están las múltiples acciones de tutela que se interponen en todo el país para que sean reconocidos estos derechos ya sean principales o suplementarios. Es innegable que existe una coordinación pero negativa de cada administradora de pensión que afecta a los afiliados, pese a los

precedentes que fija la Corte Constitucional y que son de obligatorio acatamiento para estas instituciones prestadoras del servicio de pensión, sin embargo es necesario continuar con la lucha progresiva con el arma más valiosa otorgada por el legislador la “Acción de tutela” para que el sistema algún día sea un servicio digno de un Estado Social de Derecho.

Si bien este principio es poco relevante frente a la indemnización sustitutiva de pensión, pero muy valioso frente al sistema en general, de allí que su estudio sea muy disperso en cuanto a las prestaciones económicas suplementarias.

En conclusión, se puede manifestar que los principios estudiados en este primer capítulo tienen relevancia frente a la indemnización sustitutiva de pensión, éstos llenan los vacíos dejados por el legislador en unos casos y en otros le brindan sentido a las incertidumbres que ha dejado la Ley.

Como se observa unos principios tienen más utilidad que otros; sin embargo, todos son importantes en el desarrollo teórico y finalístico de la indemnización sustitutiva de pensión.

El principal aporte de este capítulo fue demostrar que era posible la integración de los principios ya estudiados en el desarrollo y solución de los supuestos facticos a los que se enfrentan a diario los operadores del derecho (Funcionarios de los entes administradores de pensiones) cuando existen verdaderos motivos de duda que el legislador en su momento no vislumbró, o que habiendo fijado unos parámetros, éstos no quedaron claros para la concreción de los supuestos facticos en materia de prestaciones económicas suplementarias como la *indemnización sustitutiva de pensión*, quizás estas reflexiones sirvan para dejar a un lado la venda que se tiene sobre la institución jurídica, y se logre aplicar éstos principios ya enunciados y que las altas cortes han desarrollado y aplicado en muchos pronunciamientos para clarificar supuestos facticos relacionados y análogos con la indemnización sustitutiva de pensión.

Igualmente como se observó, el constituyente al dejar una serie de normas abiertas (principios) dotó al sistema de múltiples soluciones para cada caso concreto, cerrando la discusión frente a la posible arbitrariedad de los operadores del derecho (Jueces y funcionarios públicos), por ello la tarea más delicada por parte de éstos, será en últimas la aplicación idónea, en lo posible mediante un juicio de proporcionalidad de estas herramientas en la solución de los diversos casos que se pudieren llegar a suscitar y que son de aplicación directa y obligatoria para los funcionarios de las diferentes administraciones de pensiones, tanto del sector privado como del sector público.

Lo anterior, puede que sea el inicio para una larga discusión sobre la aplicabilidad material de los principios frente al tema de la *indemnización sustitutiva de pensión* cuando no exista norma que reglamente la materia, o aun existiendo norma, la misma configura imprecisiones en su aplicación, por ello los principios adquieren relevancia en los trámites administrativos y jurisdiccionales en los que sean necesaria su aplicación directa.

#### 4. LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU INCIDENCIA CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN EN COLOMBIA

Desde el punto de vista jurídico, es difícil elaborar un concepto sobre la *seguridad social*, por cuanto su desarrollo conceptual recoge un sin número de posibilidades; por ejemplo, en nuestra Constitución Política de 1991, la seguridad social se concibe como un derecho y también como un servicio público; para el legislador la seguridad social es un derecho que se encuentra preestablecido en un “*sistema*”; para el bloque de constitucionalidad la seguridad social es un derecho; para algunos tratadistas nacionales dicho precepto no existe por las condiciones sociales en las que nos encontramos; Sin embargo, para el objeto de este análisis diremos que la *Seguridad Social*, se puede definir como el conjunto derechos, de instituciones, de principios, de normas y de disposiciones que protegen a todos los integrantes de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, lo que permite la apreciación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.

En el panorama del ordenamiento jurídico *la seguridad social* adquiere importancia en la medida en que su máxima realización posible es una condición inexcusable de la posibilidad real de goce de los derechos y de las libertades inscritas en la constitución política de 1991. En este orden de ideas, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal la obligación de promover la prosperidad de las condiciones requeridas para la materialización del principio de la dignidad humana y del postulado de la primacía de los derechos fundamentales. Al respecto, la sentencia T-414 de 2009, de la Corte Constitucional indicó que: “*la seguridad social es un bien social, que se fundamenta en el derecho a la igualdad, pues incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente. Así, el derecho a la seguridad social, con independencia del amplio margen de configuración reconocido a los ordenamientos jurídicos internos, contiene unos*

elementos mínimos exigibles al Estado, generalmente traducibles en la obligación de conceder prestaciones y asistencia social a toda la población, cuya preexistencia tiene un efecto “*redistributivo*”, en tanto permiten “*reducir y mitigar la pobreza y promover la inclusión social.*”

Lo anterior quiere decir que:

- i.)** La seguridad social en la constitución política de 1991, es un derecho propio de cada individuo, que materializa la dignidad humana y los derechos fundamentales,
- ii.)** La seguridad social es una consecuencia directa del Estado Social de derecho, porque para éste (*Estado*) la principal fuente que nutre el Estado, es el ser humano,
- iii.)** La seguridad social es un bien de todos y para todos, lo que implica que su cobertura en la sociedad es universal,
- iv.)** La seguridad social promueve la prosperidad de las personas,
- v.)** La seguridad social se fundamenta en el derecho a la igualdad, porque cada individuo tiene derecho a esta,
- vi.)** La seguridad social tiene un amplio margen de regulación legal y su campo de aplicación básico está determinado en cierta medida por el Sistema General De Seguridad Social Integral acuñado en nuestra sociedad,
- vii.)** La misión de la seguridad social es mitigar y reducir la pobreza en la población,
- viii.)** La seguridad social tiene un efecto redistributivo; es decir el Estado es el centro que distribuye el servicio en la sociedad,
- ix.)** La seguridad social es promovida por el Estado, que se manifiesta a través de sus instituciones prestadoras de los servicios de *salud-pensión-riesgos profesionales*,
- x.)** La seguridad social es garantizada por el Estado, puesto que el constituyente de 1991 lo considera un derecho irrenunciable de toda persona,
- xi.)** Es obligación del Estado dentro del marco de la seguridad social la de inspeccionar, controlar y vigilar todo asunto que este íntimamente relacionado con la misma.

En el otro extremo, se tiene una de las prestaciones económicas suplementarias más usadas actualmente en el ordenamiento pensional la llamada *indemnización sustitutiva de pensión*, definida por el legislador como aquella prestación económica que se reconoce a las personas que no lograron obtener una pensión por ausencia de requisitos legales y en compensación se otorga un equivalente en dinero que mitigue la pobreza y promueva la inclusión social.

Esta prestación económica suplementaria del sistema general de pensiones sirve para mitigar las desavenencias de las personas en sus estados más desfavorables, lo que se convierte para la seguridad social en una parte integrante derivada del sistema; es decir, un derecho que complementa al “sistema” y su diseño está radicalmente enfocado a la protección de los afiliados en el mismo, por lo tanto necesariamente debe ser protegido por el Estado en su enfoque social. Lo que indica entonces que si se garantiza lo máximo en el sistema (*Pensiones*), puede con mayor razón garantizarse los beneficios complementarios establecidos en el mismo (*Indemnización sustitutiva de pensión*), que en últimas se traduce en una garantía de la asistencia social a toda la población.

Como quiera que el objetivo de este capítulo está dirigido a lograr un acercamiento relacional entre la indemnización sustitutiva de pensión y la seguridad social, consecuentemente se buscará un punto de encuentro entre el uno y el otro, sabiendo a priori que el mismo se encuentra arraigado en la convivencia que tiene el ser humano en la sociedad y las prerrogativas que ha concedido el Estado en aras de proteger y garantizar los derechos de quienes lo habitan. Por ello, es apenas lógico que cuando se trate de buscar la conexidad entre la seguridad social con la indemnización sustitutiva de pensión, vamos a encontrar grandes tropiezos argumentativos para acercarnos a una conceptualización adecuada; sin embargo, es necesario tener ciertos parámetros definidos de la seguridad social para buscar una concertación entre ésta y la indemnización sustitutiva de pensión.

Por ende, este capítulo necesariamente tendrá que desarrollarse de la siguiente manera:

*i.) Explorar la naturaleza jurídica de la seguridad social en el ordenamiento jurídico colombiano; bien sea como un servicio público o como un derecho constitucional;*

*ii.) Indagar acerca de cómo la seguridad social es interpretada y desarrollada por el bloque de constitucionalidad;*

*iii.) Definir cuál es la incidencia que tiene la seguridad social con el sistema general de pensiones;*

*iv.) y finalmente, definir cuál es la incidencia que tiene la seguridad social con la indemnización sustitutiva de pensión.*

El anterior enfoque es inevitable si se quiere lograr un acercamiento entre la indemnización sustitutiva de pensión y la seguridad social, para ello se diseña un recorrido general sobre la seguridad social en el campo nacional que pueda orientar al lector sobre el diseño institucional que tiene este derecho, para luego aterrizarlo en el campo de la indemnización sustitutiva de pensión.

Siendo de esta manera y no de otra, iniciaremos este desarrollo temático con la contextualización de la seguridad social en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual se anuncia como un derecho de rango constitucional y como un servicio público:

#### **4.1 La seguridad social como un derecho constitucional y como un servicio público**

En el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 de la constitución política de 1991, constituye un “*servicio público de carácter obligatorio*”.

Pero ¿cómo debemos entender la noción de servicio público establecido en el Art. 48 de la Constitución Política?: quizás lo más acorde a nuestra explicación corresponde a: “*toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas*”<sup>45</sup>.

De igual manera lo entiende el jurista francés Jacques Chevallier<sup>46</sup>: “[...] *el servicio público es un conjunto de actividades, de órganos y de agentes que ocupan un lugar importante en la vida social*”.

Así mismo, el Art. 365 de la Constitución Política manifiesta:

*“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios”.*

---

<sup>45</sup> Véase el artículo 430 del código Sustantivo de Trabajo.

<sup>46</sup> Filósofo francés. Profesor y decano en Grenoble. Sus obras más destacadas son: La noción de necesidad en Aristóteles y sus predecesores (1915), El hábito. Ensayo de metafísica científica (1929) e Historia del pensamiento (1955-1966).

A su vez, la Corte Constitucional ha dicho que los servicios públicos están relacionados con la parte dogmática de la Constitución<sup>47</sup>, agregando que “*estos servicios constituyen un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales, como se desprende del propio texto del artículo 365 de la Carta*”<sup>48</sup>. También manifiesta la Corte que estos servicios deben regirse por los principios de eficiencia y universalidad, los cuales debe garantizar el Estado<sup>49</sup>. “*La universalidad exige la prestación de los servicios públicos, aún cuando ello suponga una mayor carga en cabeza de quienes cumplen dicha función*”<sup>50</sup>; según la Corte, este principio se encuentra relacionado con el de solidaridad, estipulado en el artículo 1º de la *Constitución Política*.

Además la Corte ha señalado, la importancia de los servicios públicos en Colombia a partir de la concepción del *Estado social de derecho*, afirmando que el constituyente, al escoger esta forma de Estado elevó a deber constitucional suministrar prestaciones a la colectividad por parte del Estado<sup>51</sup>. Por tal razón, los servicios públicos son considerados como una de las más importantes funciones administrativas del Estado.

De la anterior se pueden extraer las siguientes características de los servicios públicos aplicado al tema de la seguridad social: **1) Es una actividad organizada, 2) Su fin es satisfacer necesidades de interés general, 3) Debe ser prestado en forma regular y continua, 4) Puede ser prestado por el Estado directamente, o por particulares, 5) Debe hacerse bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, 6) Debe estar sometido a un régimen especial.**

---

<sup>47</sup> Obsérvese al respecto la Sentencia T-520 de 2003 de la Corte Constitucional. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Véase la Sentencia T-540 de 1992 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Dado que la Constitución ha sido muy amplia en la determinación de la condición de servicio público, actualmente se usan dos maneras para catalogar un servicio de público o no. La primera es cuando la Constitución o la ley lo dicen expresamente; la segunda, mediante indicios que conjuntamente dan certeza al respecto; tales indicios son: **1) Si hay presencia del Estado, 2) Si hay un interés general, 3) Si está rodeado de privilegios, prerrogativas, exorbitancia y excepciones con fin al interés general, 4) Si tiene una legislación especial, y hay un sometimiento de las diferencias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y/o laboral para el caso de las pensiones**<sup>52</sup>.

La principal característica que tienen los servicios públicos, y que los diferencia de los otros servicios es “*la necesidad del interés general que se busca satisfacer*”; el ejercicio de este servicio conlleva prerrogativas públicas por parte de los prestadores a los cuales debe permitir el legislador<sup>53</sup>. Ahora bien si aplicamos este precepto de manera textual al campo de las pensiones y de las prestaciones económicas suplementarias, concluiríamos a priori que cada prestación tiene un objetivo muy claro, el interés particular de cada persona en obtener un beneficio patrimonial y no un interés general, por lo tanto viéndolo de esta manera las pensiones no serían un servicio público; sin embargo, esta apreciación del servicio público en las pensiones y las prestaciones económicas suplementarias es errada en la medida que el constituyente de 1991 lo que quiso fue proteger a todas las personas del territorio nacional en aquellos eventos en los que se encontraran éstas en estado de pobreza y de enfermedad, tratando de sobreponer las mismas con la creación de un “sistema” que garantizara la inclusión social.

Lo anterior quiere decir que la seguridad social como un *servicio público* adquiere importancia, en la medida en que se busque un interés general, en donde al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el texto superior

---

<sup>52</sup> Aleksey Herrera Robles, *Aspectos generales de derecho administrativo colombiano*, Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2006, p. 33.

<sup>53</sup> Alberto Montaña Plata, op. cit., p. 216.

(*Constitución*) le confía las labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia\* explicados en el capítulo primero.

Sobre el particular, cabe resaltar que el Legislador precisó en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social constituye un servicio público esencial en lo relativo al tema de la salud, de las pensiones y de las prestaciones económicas suplementarias, haciendo hincapié que en los dos últimos sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas y su similar. Dicha consagración supone un considerable incremento en la responsabilidad que resulta exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, dado que las exigencias de permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la Ley de seguridad social. Lo anterior en palabras de Miguel *Satrústegui* y *López Guerra*<sup>54</sup> se traduciría en lo siguiente: *“Al proclamar los derechos, la Constitución no sólo comprometió al Estado al cumplimiento de aspiraciones sociales muy arraigadas, sino que también racionalizó ese compromiso, mediante un esquema normativo que expresaba la conciencia de su difícil realización”*.

---

\* Según fue establecido en las sentencias C-623 de 2004 y T-1003 de 2008, la seguridad social, no sólo debido a las disposiciones superiores que así lo precisan sino a su naturaleza conceptual, es un servicio público en la medida en que se ajusta a los linderos que el derecho administrativo y el derecho constitucional han trazado para deducir tal característica de determinadas actividades desarrolladas por el Estado. En tal sentido, la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro *definitivo* de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

<sup>54</sup> LÓPEZ GUERRA Y MIGUEL SATRÚSTEGUI. “Derecho constitucional - el ordenamiento constitucional derechos y deberes”. Volumen. I. 2010

Se trata, por una parte, de un compromiso del Estado, lo que obliga a tratar de alcanzar el objetivo de proteger lo más posible a la población en el ámbito propio de la seguridad social, pero, al mismo tiempo, de racionalizar ese compromiso.

Por otro lado, del *inciso segundo* del artículo 48 de la constitución política surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema de la seguridad social. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, es un derecho de rango constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de exigir del Estado la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2° consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”.

Lo anterior significa que el artículo 48 de la Constitución Política le dio connotación constitucional a la seguridad social, al igual que lo ha hecho la Corte Constitucional como intérprete de la misma, veamos: “*(...) el ordenamiento constitucional en vigor consagra la seguridad social como (...) un derecho absolutamente irrenunciable, cuya garantía corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos (...)*”<sup>55</sup>. Lo anterior significa que la seguridad social es: *i.) Un derecho que se encuentra determinado en la constitución, ii.)* Es un derecho irrenunciable, *iii.)* Es un servicio público a cargo del Estado, *iv.)* Los particulares pueden prestar ese servicio público, pero bajo la supervisión, control y vigilancia del Estado y, *v.)* Los titulares de este derecho son todos los ciudadanos nacionales y/o extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio nacional.

Pero de lo anterior surge lo siguiente *¿La seguridad social por el simple hecho de estar descrita en la constitución es un derecho constitucional?*, innegablemente la seguridad social es un derecho constitucional, pero no porque se encuentra taxativo en la constitución sino porque hace parte esencial del ser humano dentro de una

---

<sup>55</sup> Sentencia SU-039/98, M.P., Hernando Herrera Vergara.

colectividad social, el cual es garantizada por el Estado desde el momento en que acuño la forma de Estado Social de Derecho; creeríamos en un primer momento siguiendo la tradicional teoría del derecho constitucional, que no todo derecho es constitucional, por cuanto para que sea derecho constitucional deberá estar inmerso dentro de la constitución; es decir, *que los derechos constitucionales son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada constitución que se consideran como esenciales en el sistema político y están especialmente vinculados a la dignidad humana*<sup>56</sup>. Sin embargo, esta teoría no es acorde a la realidad jurídica por cuanto *todo derecho es constitucional* y su denominación no implica que se encuentre de manera taxativa en el texto de la constitución, por cuanto existen derechos innominados que merecen igual o mayor protección por parte del Estado, por cuanto están vinculados con la dignidad humana.

Siendo de esta manera, la Corte Constitucional en sentencia T-293 del 2011, ha ratificado el precedente de que el derecho a **la seguridad social es constitucional** y adquiere rango de derecho fundamental, lo que implica entonces que su efectividad y garantía se deriva de: *i.) Su carácter irrenunciable, ii.) Su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y iii.) De su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad.*

Además de la norma en comento, el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, establece la "*garantía a la seguridad social*", lo cual significa que todas las personas tienen derecho a la seguridad social, que es obligación estar dentro del sistema de seguridad social, con las características de irrenunciable y de aplicación de la norma

---

<sup>56</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (2ª edición, 2005). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.

más favorable,<sup>57</sup> porque la seguridad social es en la Constitución actual un principio mínimo fundamental inherente a cada persona.

De todo lo dicho, se puede inferir que la seguridad social es en la constitución un derecho inherente de todo ser humano, lo que por esta razón lo hace un derecho constitucional, que debe ser garantizado por el Estado, en la medida en que surja la necesidad por parte de las personas y cumplan ciertas prerrogativas básicas (*el caso de las pensiones y en el caso de las prestaciones económicas suplementarias*) para ser merecedor de este servicio público.

Es claro que el constituyente de 1991 frente a la *seguridad social* dejó una norma abierta que fue reglamentada por el legislador un poco después con la creación del sistema general de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993, en donde se puso de hincapié que el estado tenía que velar por los intereses inherentes del ser humano, brindando una cobertura tripartita (*salud- pensión-riesgos*). Con ello se dio un cambio en el pensamiento filosófico del estado, paso de ser un estado de derecho a un estado social de derecho, en donde su prioridad era el propio individuo.

Establecido el alcance del derecho a la seguridad social a la luz del texto constitucional como un derecho inalienable de las personas (*Derecho Constitucional*) y como un *servicio público* que debe garantizar el Estado a todas las personas, con una doble connotación en su propósito institucional en la sociedad, se procederá con un respectivo análisis en cuanto a cómo la seguridad social ha sido desarrollada e interpretada por el bloque de constitucionalidad:

---

<sup>57</sup> Sentencia SU-562/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero

## 4.2 El bloque de constitucionalidad frente al derecho de la seguridad social

Al respecto es necesario precisar que del Art. 93 de la constitución, se infiere que la interpretación de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución desborda las fronteras del texto constitucional, lo cual impone al operador jurídico el deber de acudir a los “*tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” con el objetivo de concluir la labor de determinación de su contenido. En ese sentido, la interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada teniendo en cuenta lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales sobre la materia, o lo que es lo mismo acudir a los postulados del bloque de constitucionalidad.

De manera específica, para determinar la extensión del derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional en sentencia C-539 del 2009, precisó las siguientes disposiciones del orden internacional:

*i.) El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;*

*“Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la **seguridad social**, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*

*ii.) El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;*

*“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a **la seguridad social**, incluso al seguro social.”*

*iii.) El artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona;*

*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de **las normas** económicas, **sociales** y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

*iv.) El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;*

*Toda persona tiene derecho a **la seguridad social** que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.*

*Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.*

*v.) El artículo 8 literal “c” de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y, finalmente;*

*1. Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos, con sujeción a sus obligaciones establecidas en el artículo 4:*

*c) El derecho a protección sanitaria, atención médica, **seguridad social**, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado.*

*vi.) El artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:*

*e. **El derecho a la seguridad social**, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;*

*vii.) El artículo 1 del Código Iberoamericano de la seguridad social, aprobado por la Ley 516 de 1999.*

*“El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.*

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para

obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

Desde el punto de vista de la Declaración universal de los derechos Humanos *la seguridad social* ha sido concebida como un derecho que debe ser garantizado por cada Estado a sus beneficiarios, por lo que es necesario un esfuerzo mancomunado nacional e internacional para lograr este propósito.

Del mismo modo, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven conciben *la seguridad social* como un derecho que tienen los extranjeros que viven legalmente en el territorio de un Estado parte.

Respecto de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, *la seguridad social*, es un derecho muy general en donde se garantiza a las personas progresivamente dependiendo de la disponibilidad de los recursos con los que cuenta cada estado parte.

Mientras tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, concibe *la seguridad social* como un derecho de toda persona, al igual que concibe como un derecho de toda persona el tener un seguro social, no como institución pública sino como una prerrogativa inherente de todo ser humano, en que se le garantice la vida en condiciones dignas.

En el caso del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer preterminan *la seguridad social* como un derecho que tiene toda persona, pero en el ámbito de las relaciones laborales y del sistema general de seguridad social integral (*Salud, pensiones y riesgos profesionales*).

De las anteriores disposiciones la que nos interesa recalcar es la consagrada en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Literalmente esta disposición dice lo siguiente: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"*.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (*órgano de expertos encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "PIDESC"*), emitió la observación general número 19, sobre *"El derecho a la seguridad social (artículo 9)"*. En este pronunciamiento el Comité destacó la importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos\*, en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales. En líneas continuas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) llama la atención sobre el carácter *"redistributivo"* que caracteriza a este derecho; virtud de la cual se siguen las significativas consecuencias de disminución de la pobreza y promoción de la inclusión social que este derecho trae consigo.

Manifiesta la Corte en Sentencia T-539 del 2009, que en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), corresponde a los Estados firmantes, dentro del máximo de recursos de los que dispongan, adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan restricciones

---

\* De manera textual el Comité señaló lo siguiente: *"El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto"*

irrazonables o desproporcionadas de acceso y "en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano".

De la misma manera la Corte en la sentencia T- 658 del 2008, indicó que:

*(“) El amplio espectro de configuración reconocido a las organizaciones estatales; tal como ocurre con el conjunto de derechos delimitados bajo la guía de los derechos económicos, sociales y culturales, en el caso del derecho a la seguridad social existe un mínimo irreductible que de manera impostergable se encuentra llamado a garantizar el Estado. Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que "es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana"<sup>58</sup> es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en la Constitución Política (artículos 48 y 53) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría ius fundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.*

*De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho a la seguridad social, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: **a)** la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, **b)** gastos excesivos de atención de salud; **c)** apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".*

*Aunado a lo anterior, bajo la conceptualización de "elementos del derecho a la seguridad social", en la observación en comentario el órgano internacional señaló los diferentes elementos que, de acuerdo con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dan al alcance a este derecho, ellos son:*

***i.) Disponibilidad:** En virtud de esta exigencia, el Estado debe asegurar la existencia y el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que, con prescindencia del tipo*

---

<sup>58</sup> Observación general número 19

*de plan acogido (contributivo o subsidiado) ha de garantizar la provisión de las prestaciones en las cuales se materializa el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la organización estatal se encuentra llamada a asumir su administración y supervisión eficaz. Por último, dentro de este principio se incluye un deber específico que demanda del Estado que el diseño del aludido sistema se realice sobre bases económicas que permitan su sostenibilidad.*

**ii.) Riesgos e imprevistos sociales.** *El sistema de seguridad social debe garantizar el cubrimiento de las siguientes situaciones, de acuerdo con precisos requisitos sustanciales de calidad, idoneidad y prontitud en su provisión: a.) Atención en salud, b.) Enfermedad, c.) Vejez, d.) Desempleo, e.) Accidentes laborales, f.) Prestaciones familiares, g.) Maternidad, h.) Discapacidad, i.) Sobrevivientes y huérfanos.*

**iii.) Nivel suficiente.** *Las prestaciones establecidas para atender las contingencias anteriormente descritas deben resultar suficientes de cara a la labor de satisfacción del derecho a la seguridad social, lo cual supone la adopción de una considerable exigencia en términos cualitativos y cuantitativos, razón por la que el establecimiento de aquellas prestaciones habrá de ceñirse de manera cuidadosa al tipo de necesidades que pretendan ser atendidas. Adicionalmente, en desarrollo de este principio, el Comité señala que las organizaciones estatales están obligadas a considerar, en todo caso, el alcance de los principios rectores que debe acoger el sistema: dignidad humana y expulsión de la discriminación.*

**iv.) Accesibilidad.** *La creación del sistema de seguridad social, si bien ha de seguir una vocación de universalidad, al mismo tiempo debe realizar especial énfasis en la tarea de promover la inclusión de sectores tradicionalmente marginados de la posibilidad de goce de esta garantía. De acuerdo con tal consideración, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) señaló los siguientes parámetros para efectos de asegurar el acceso al derecho a la seguridad social:*

**a.) Cobertura.** *El sistema de seguridad social debe permitir a “todas las personas” el goce de las prestaciones creadas. Por tal razón, el diseño de planes no contributivos; esto es, aquellos basados en una estructura económica y administrativa en la que se hace prescindencia de la capacidad de pago de los beneficiarios, adquiere notable importancia para incluir a las personas que no cuentan con los medios económicos para asumir el costo de las prestaciones, pues los anotados motivos económicos no pueden constituir una barrera atendible de acceso.*

**b.) Condiciones.** Los requisitos que han de ser opuestos para los beneficiarios del sistema deben recoger, en todos los casos, exigencias razonables, proporcionadas y transparentes.

**c.) Asequibilidad.** El pago de las cotizaciones que han de asumir los participantes en el sistema debe ser establecido de manera previa y, adicionalmente, su costo debe permitir el acceso de la población.

**d.) Participación e información.** Los beneficiarios han de contar con la posibilidad real y efectiva de participar en la administración del sistema, lo cual, a su vez, señala la obligación en cabeza del Estado consistente en garantizar el derecho a "recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente".

**e.) Acceso físico.** Las prestaciones han de ser reconocidas y concedidas oportunamente, pues de otra forma el propósito que anima la fundación del sistema de seguridad social resulta burlado con la consecuente mella del principio de dignidad humana que pretende ser materializado mediante aquel. Aunado a lo anterior, los Estados deben garantizar acceso físico a los servicios de seguridad social, lo cual adquiere gran importancia en el caso particular de los discapacitados, trabajadores migrantes, personas que habitan en zonas distantes, víctimas de conflictos armados, entre otros, etc. (")

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-539 del 2009, recalca las obligaciones básicas establecidas para los Estados a partir de la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en la materia específica del derecho a la seguridad social. En el caso particular según la mencionada providencia, el órgano internacional compila los siguientes deberes básicos:

“(…)

**i.) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación.** Seguidamente, el Comité indica que: en aquellos

*eventos en los cuales las organizaciones estatales no cuenten con los medios para asegurar cumplimiento a tal prescripción, es su obligación realizar amplias consultas que le permitan seleccionar un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales, que deberán ser atendidos en los términos señalados.*

*ii.) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;*

*iii.) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas;*

*iv.) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional en materia de seguridad social;*

*v.) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;*

*vi.) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social (...)"*

Ahora bien, en el caso colombiano, dice la Corte Constitucional en Sentencia T- 539 del 2009, que el sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993, ha sido el instrumento mediante el cual el Estado ha pretendido dar cumplimiento a las obligaciones internacionales descritas y a los fines constitucionales que se encuentran plasmados en el artículo 48 de la Constitución Política. Así las cosas, dentro de la regulación ofrecida por la ley de seguridad social se encuentran establecida la estructura a partir de la cual ha de ser ejercido el “*derecho irrenunciable a la seguridad social*”.

Indicó la sentencia T- 539 del 2009, que para conseguir el propósito constitucional, *la Ley 100 de 1993 y la normatividad complementaria ha establecido con precisión los elementos que hacen parte de este complejo dispositivo, entre los cuales se encuentran:*

- i.) Las autoridades encargadas de la prestación de los servicios,*
- ii.) Las prestaciones sociales,*
- iii.) Los mecanismos y autoridades encargadas de adelantar la supervisión del sistema,*
- iv.) Los diferentes planes de cobertura y, finalmente,*
- v.) Los mecanismos de financiamiento.*

Como se observa de las normas internacionales que desarrollan el concepto de “*la seguridad social*”, existe el suficiente material cognoscitivo que coadyuva a la interpretación y manejo que debe darle el operador del derecho en el ámbito interno cuando pretenda resolver una situación que no fue contemplada por el legislador, ni por las altas cortes respecto a un tema específico de la seguridad social o anexa a ella; lo anterior indica que del derecho internacional tenemos otra herramienta interpretativa que nos puede ayudar a dilucidar una situación fáctica inconclusa, al igual que los principios explicados en el capítulo anterior.

Ahora, obsérvese como el derecho a la *seguridad social* siendo un derecho constitucional desarrollado e interpretado internacionalmente por los tratados y convenios internacionales adoptados por el Estado Colombiano y ratificados por el congreso de la república, está inmerso en el ámbito de las pensiones y en las prestaciones económicas suplementarias.

#### **4.3 La seguridad social frente al tema de pensiones**

A este punto es importante resaltar como la seguridad social tiene una estrecha relación con el tema de las pensiones; para ello, es necesario hacer un pequeño recuento histórico para comprender el respectivo alcance conceptual entre el uno y el otro (*Seguridad Social Vs. Pensiones*). Precisamente en la historia se puede apreciar con claridad la transformación en el tema de las pensiones y su relación con el derecho irrenunciable a la seguridad social, por cuanto no era lo mismo hablar

de pensiones hace ya medio siglo que hablar en la modernidad sobre las pensiones y más aún si se tiene en cuenta la consolidación de un Estado Social de Derecho y la constitucionalización del derecho.

Para iniciar, en un primer momento, entre 1915 y 1918 la pensión se consideraba como una gracia o recompensa gratuita<sup>59</sup>. Nadie se atrevía a plantear en aquél entonces que se considerara a las pensiones como derecho adquirido<sup>60</sup>.

Pero en 1946, la tesis de la Corte Suprema, hizo un giro en tal pensamiento jurídico, allí la Corte sostuvo por primera vez que el derecho a la pensión era un derecho adquirido e irrevocable. Veamos:

*"Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo".<sup>61</sup>*

En 1961 la Corte Suprema reitera en sentencia de constitucionalidad, que las pensiones son derechos personales de los beneficiarios y créditos contra la entidad que la concede<sup>62</sup> por lo que el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como luego la Sala de Casación Laboral de la Corte, ya no ponen en duda que cuando el pensionado adquiere una situación jurídica concreta no puede menoscabársele.

---

<sup>59</sup> Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág. 378 y la de 10 de diciembre de 1915 (G.J. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena.

<sup>60</sup> Ver. G.J.T. XLV, # 1928, pág. 600. Sentencia de 18 de octubre de 1937, Ponente: Pedro Alejo Rodríguez.

<sup>61</sup> Sentencia del 28 de febrero de 1946, Ponente: Aníbal Cardoso Gaitán. Gaceta Judicial Nº 2029, pág. 1.

<sup>62</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, ver. G.J.T. XCVII, Nº 2246-9, pág. 18.

Esto se acerca mucho a la interpretación de la Constitución Política de 1991 que permite afirmar que las pensiones en relación con la seguridad social son derechos subjetivos patrimoniales de carácter irrenunciable que deben ser garantizados por el Estado; porque son un derecho constitucional y a su vez se convierten para el Estado en un servicio público que debe prestar a todos los habitantes del país que hayan reunido los requisitos legales<sup>63</sup>, siendo necesario que *“el Estado garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las mismas”*.

Una de las garantías de la seguridad social son las pensiones, puesto que la pensión tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, en razón a que, dicha condición física o mental, impacta negativamente su calidad de vida y la eficacia de otros derechos fundamentales.<sup>64</sup> Del mismo modo, busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

En este sentido la Corte Constitucional, en sentencia T-658 de 2008<sup>65</sup>, ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social en pensiones por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto la Corte:

*El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados*

---

<sup>63</sup> Personas de la tercera edad que hayan reunido los requisitos legales para adquirir este beneficio; personas en estado de invalidez que también hayan reunido los requisitos legales para adquirir este beneficio e incluso personas que por su grado de parentesco hayan reunido los requisitos legales para adquirir este beneficio.

<sup>64</sup> Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

<sup>65</sup> Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

*internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.*

De lo anterior la Corte Constitucional en la Sentencia T- 032 de 2012, concluyó que:

*(“) la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria.*

*De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de vejez e invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, la educación, etc. (“*

De acuerdo a lo anterior, cuando no se le reconoce el derecho a la pensión a una persona que cumple con los requisitos exigidos por la Ley para acceder a ella (*prestación económica*) se le está violando el derecho irrenunciable de la seguridad social, lo que implica que el Estado no está garantizando los servicios públicos que se comprometió a otorgar con la promulgación de la constitución de 1991, entre los cuales se destaca la pensión, como parte esencial de la *seguridad social*.

Lo anterior implica entonces que el derecho a la seguridad social que tiene toda persona, tiene aplicación directa en el tema de las pensiones, cuando los afiliados al sistema adquieren la condición y/o status de pensionado, lo que implica para el Estado la obligación de reconocer y pagar periódicamente esta prestación económica al afiliado que por su esfuerzo y condición especial merecen protección preferente, lo que en ultimas realmente permite “*reducir y mitigar la pobreza y*

*promover la inclusión social*”, tal y como lo afirmó la Corte Constitucional en sentencia T- 414 del 2009, reseñada en la primera página de este capítulo.

Dicho de otra manera, la relación de la seguridad social frente al tema de pensiones, tiene su acercamiento en relación con la satisfacción real de los derechos humanos, entre estos el de la dignidad humana, pues con la seguridad social se puede afrontar la lucha contra los índices de miseria y pobreza, utilizando para lograr este objetivo las diversas pensiones consagradas por el legislador (*pensión por vejez, pensión por invalidez, pensión por sobreviviente, etc.*), que permiten mitigar las desavenencias de cada sujeto en particular, permitiendo la inclusión social, mediante la intervención del Estado en una acción de intervención, control y vigilancia para garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las mismas (*pensiones*).

Teniendo en cuenta el material epistemológico descrito sobre la seguridad social como un derecho de rango constitucional y como un servicio público, tanto en el ámbito nacional e internacional y su relación con las pensiones en el sistema de seguridad social integral adoptado por el legislador a partir de 1993; se puede a este punto encontrar la conexidad entre ésta (*seguridad social*) con la indemnización sustitutiva de pensión, logrando acercarnos a una conceptualización adecuada; que nos permita identificar la importancia de ésta para la sociedad. Veamos cómo podremos lograr este propósito:

#### **4.4 La indemnización sustitutiva de pensión como parte integrante de la seguridad social**

La indemnización sustitutiva de pensión como prestación económica suplementaria de las pensiones adquiere la misma importancia que las pensiones, por cuanto permiten compensar a aquellos afiliados que no alcanzaron a cumplir los requisitos de Ley para lograr una pensión digna y justa que alivie las desavenencias de la

vejez, invalidez o muerte; esta prestación tiene una estrecha relación con la seguridad social, por cuanto su reconocimiento y pago garantiza la dignidad humana, el reconocimiento de un Estado Social de Derecho, la protección de los derechos irrenunciables de cada persona, *reducir y mitigar la pobreza y promover la inclusión social*. Pero *¿Cómo determinamos que la seguridad social se encuentra inmersa en el caso de la indemnización sustitutiva de pensión?*; por las siguientes razones:

- i.)* Su reconocimiento garantiza cuando menos la posibilidad de mitigar la pobreza para quien la reclama, por un tiempo determinado,
- ii.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por la dignidad humana de cada afiliado,
- iii.)* Su reconocimiento garantiza la proliferación del Estado Social de derecho que acuñamos con la constitución de 1991,
- iv.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los derechos irrenunciables de los afiliados,
- v.)* Su reconocimiento garantiza la inclusión social por parte del Estado,
- vi.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los servicios públicos,
- vii.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los derechos humanos,
- viii.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los derechos del núcleo familia que dependen económicamente del afiliado,
- ix.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los derechos adquiridos,
- x.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por *los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano*,
- xi.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por la propia constitución,
- xii.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los derechos de los trabajadores,
- xiii.)* Su reconocimiento garantiza el respeto por los principios que orientan la interpretación de diversos supuestos facticos,
- xiv.)* Su reconocimiento garantiza la redistribución en el sistema.

Prueba de que la *seguridad social* se encuentra inmersa en la indemnización sustitutiva de pensión, se encuentra en los diversos fallos de la Corte Constitucional

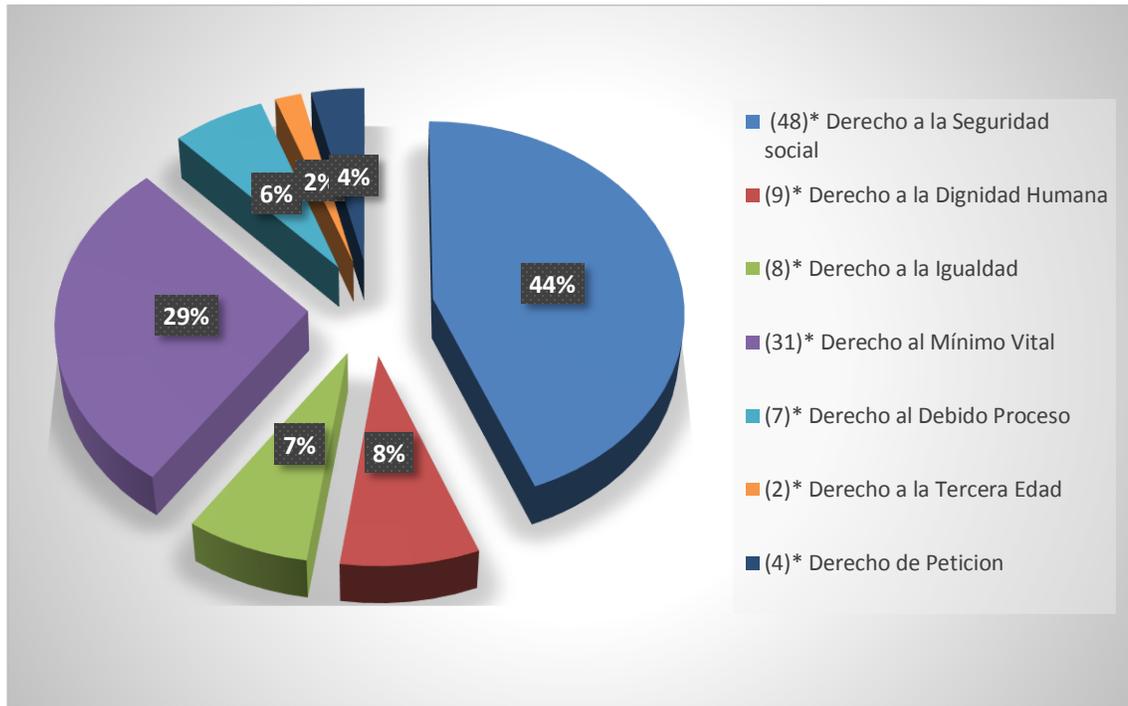
en donde nos revelan que el escenario constitucional más vulnerado por las administradoras de pensión es la *seguridad social*, con casi un 50% de las providencias que se profieren sobre el tema de la *indemnización sustitutiva de pensión*. Es así como en las sentencias T-081 del 2003, T-750 del 2006, T-972 del 2006, T-1049 del 2006, T-1088 del 2007, T-099 del 2008, T- 286 del 2008, T-546 del 2008, T-180 del 2009, T-268 del 2009, T-525 del 2009, T-529 del 2009, T-539 del 2009, T-566 del 2009, T-597 del 2009 y entre otras se aprecia con claridad que el derecho a la seguridad social está inmerso en la indemnización sustitutiva de pensión.

Es preponderante saber que además del derecho a la seguridad social existen otros escenarios constitucionales que igualmente son vulnerados y que tienen estrecha relación con la indemnización sustitutiva de pensión, a saberse: el derecho al mínimo vital, el derecho al trabajo, el derecho a la vida digna, el derecho a la igualdad, el derecho a la tercera edad, el derecho de petición y el derecho al debido proceso. Gráficamente lo anterior será resumido de la siguiente manera\*:

---

\* Los porcentajes fueron obtenidos de las 63 sentencias que ha proferido la Corte Constitucional desde 1991 hasta el 2011 respecto de la indemnización sustitutiva de pensión.

Gráfico 1. Escenarios Constitucionales vulnerados



En tanto, cuando se habla de la *indemnización sustitutiva de pensión* es necesario tener en cuenta que por ser un derecho que tienen todas las personas que habitan en el territorio nacional de carácter irrenunciable, imprescriptible, inherente a la dignidad humana, correlacional con el derecho al trabajo, tiene incidencia y/o relación directa con la *seguridad social*, bien sea desde el punto de vista de un derecho constitucional o bien sea desde el punto de vista de un servicio público; por cuanto de cualesquiera de las formas que se observe se va a garantizar a los miembros de la sociedad por parte del Estado la reducción de la pobreza y promover la inclusión social.

En conclusión, se puede dejar claro con todo lo que se ha dicho sobre la seguridad social en este capítulo que ésta se concibe como un derecho y a su vez como un servicio público que es garantizado por el Estado a los habitantes del territorio nacional, porque así lo indico la Constitución, los tratados internacionales que tratan sobre el tema y el legislador.

Igualmente se puede afirmar que la seguridad social tiene estricta relación con el tema de las pensiones y de la indemnización sustitutiva de pensión en la medida en que estas prestaciones económicas satisfacen al ser humano que ha reunido los requisitos mínimos legales en sus etapas más difíciles de sus vidas; la vejez y la invalidez, creando con esto una especie protección a la dignidad humana y al goce efectivo y real de los demás derechos inherentes a su condición de ser humano.

Lo realmente importante en este capítulo es demostrar la relación conceptual que tiene la seguridad social en el contexto de la indemnización sustitutiva de pensión, que a pesar de concebirse como una prestación económica secundaria dentro del sistema pensional, tiene su grado de altivez para aquellas personas que puede hacer uso y disfrute de ésta, ya sea para remediar y/o superar una etapa difícil en sus vidas, o cuando menos para reducir la pobreza en la que pueden estar inmersas estas personas. Creería a mi modo de ver que es lo mínimo que debe garantizar el Estado a aquellas personas que no alcanzaron a reunir los requisitos para obtener un beneficio mayor como el derecho a la pensión en cualquiera de sus modalidades, en fin con esto podemos evidenciar la inclusión social a la que alude la Corte Constitucional y los Tratados Internacionales que desarrollan el tema.

## 5. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN EN COLOMBIA

Si se recuerda, para la década de los 40 uno de los grandes avances sociales y económicos del ordenamiento jurídico colombiano, fue establecer leyes sustanciales de seguridad social en pensiones (IVM)<sup>66</sup> y dentro de estas leyes, subnormas que desarrollaban el tema de la llamada *Indemnización sustitutiva de pensión*. Luego con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social Integral se desarrolló separadamente el tema de las prestaciones económicas suplementarias entre las que se destacó *la indemnización sustitutiva de pensión*, creando inquietudes y desacuerdos de interpretación respecto de su reconocimiento.

Según, la Ley de Seguridad Social<sup>67</sup> *la indemnización sustitutiva de pensión* fue pensada como una solución alternativa al pago de cualquiera de las modalidades pensionales para quienes no lograron acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de las *pensiones* en cualquiera de sus modalidades. Pues se trataba de un medio para reclamar una compensación por el valor de las sumas efectivamente cotizadas o los periodos laborados. Como es lógico el contenido principal del régimen de seguridad social fueron las pensiones; sin embargo, existe un tema subalterno que merece igual profundización y es la llamada *indemnización sustitutiva de pensión*, ya que hoy en día son mayores las personas que no logran pensionarse, que las que si alcanzan este objetivo trazado por el legislador. Precisamente ésta es una de las razones por las que esta institución merece un estudio consciente y objetivo por parte de la doctrina; otra razón es la falta de claridad y desarrollo sistemático de esta institución jurídica dentro del actual ordenamiento jurídico; por ello este capítulo desarrollará esta prestación económica complementaria de tal forma que sea útil para los operadores del derecho al

---

<sup>66</sup> Cuando se hablaba de seguridad social en pensión se refería a tres tipos de pensión, a saberse: Invalidez, vejez y muerte

<sup>67</sup> COLOMBIA. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 de 1993. Op. Cit.

momento de resolver los problemas jurídicos de interpretación que resultan en la aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión en Colombia.

De acuerdo con lo anterior, se iniciará el desarrollo temático con una conceptualización, una descripción de la naturaleza jurídica y una caracterización de la indemnización jurídica en general:

### **5.1 Definición de la indemnización sustitutiva de pensión**

La indemnización sustitutiva de pensión es una prestación económica complementaria en pensiones, perteneciente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de pensiones, que se reconoce y se paga a toda persona ya sea del sector público o del sector privado, que no haya reunido los requisitos definidos por la Ley para pensionarse en cualquiera de las modalidades pensionales (*Vejez, Invalidez o Sobreviviente*), lo que la constituye en una alternativa para devolver los dineros que se han aportado al sistema general de pensiones.

En muchas oportunidades la Corte Constitucional, al tratar de desarrollar el tema de la indemnización sustitutiva de pensión ha sometido a disenso conceptos acordes y no acordes a derecho, entre éstos las que más se destacan son las siguientes:

Es impropio hablar como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia T- 539 del 2009, que la indemnización sustitutiva de pensión es sucedánea o sustituta a la pensión en cualquiera de sus modalidades; por cuanto la primera es una alternativa para recuperar *en un solo monto* los dineros que se han aportado al sistema general de pensiones cuando las personas no alcanzaron a reunir los requisitos exigidos para obtener un mejor derecho, es decir ésta prestación económica es una oportunidad que otorga el legislador para recuperar los dineros de aquellas personas que no lograron un objetivo querido por la Ley, la pensión. Mientras que

la pensión en sí misma es un beneficio otorgado periódicamente por el legislador a las personas que muy sensatas reunieron los requisitos requeridos para hacerse acreedor de este beneficio, la pensión.

Por otro lado, es acorde a derecho lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 164 del 2011, en donde concibió la indemnización sustitutiva de pensión como: “(...) *un derecho supletivo que tienen las personas que hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero que por alguna circunstancia, no cuente con las semanas establecidas para este fin, a recibir una compensación en dinero por cada una de las semanas cotizadas al sistema de seguridad social y que tiene como finalidad hacer efectivo el mandato constitucional que impone al Estado el deber de garantizar a todas las personas el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)*”. En razón de lo anterior, es coherente pensar que la indemnización sustitutiva es un derecho complementario, que hace parte del derecho a la seguridad social y que tiene toda persona que no reunió ciertos requisitos legales.

Una noción conservadora de la indemnización sustitutiva de pensión es la consagrada por el mismo legislador en la Ley 100 de 1993, en donde al analizarse el supuesto normativo se pueden extraer los siguientes supuestos de derecho: *i.)* La indemnización sustitutiva es un derecho emanado de la seguridad social, *ii.)* La indemnización sustitutiva es un derecho que tienen las personas que no alcanzaron a reunir los requisitos para pensionarse, *iii.)* La indemnización sustitutiva de pensión es una devolución de los dineros que se aportaron al sistema general de pensiones.

Luego de hacerse una aproximación a la noción de la indemnización sustitutiva de pensión, es necesario tener claridad sobre su contextualización en el ordenamiento jurídico:

## 5.2 Naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva de pensión

La Seguridad Social, prevista en el ordenamiento Superior como un derecho de naturaleza prestacional y un servicio público de carácter obligatorio, debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional, y se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y se sujetará a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En virtud del citado mandato constitucional, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, dictó el Régimen de Seguridad Social Integral, mediante la Ley 100 de 1993, entendido como *“el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”*<sup>68</sup>

De otra parte, dispuso que el Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por los regímenes generales establecidos para (i) pensiones; (ii) salud; (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios complementarios que se definan en la Ley.

En relación con el Sistema General de Pensiones, consideró que su finalidad es 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 previstas en la ley y propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

---

<sup>68</sup> *Ibíd*, preámbulo.

A su turno, estableció que el sistema de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes, pero que coexisten, los cuales son (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida, mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad, entendido como el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados.

El régimen de prima media con prestación definida, estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez<sup>69</sup>, invalidez<sup>70</sup> y sobrevivientes<sup>71</sup>, como una solución alternativa al pago de la pensión para quienes no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una cualquiera de esas pensiones. Se trata de un medio para reclamar una compensación por el valor de las sumas efectivamente cotizadas, cuyo monto se calcula teniendo en cuenta la fórmula prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993<sup>72</sup>.

La naturaleza de las indemnizaciones sustitutivas, consiste en ser un derecho suplementario que se encuentra a favor de aquellas personas que no cumplen con los requisitos señalados para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez o de sobrevivientes, su objeto es el que las personas que puedan solicitar el reconocimiento de una indemnización, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder.

Lo mencionado anteriormente se puede contextualizar de la siguiente manera:

---

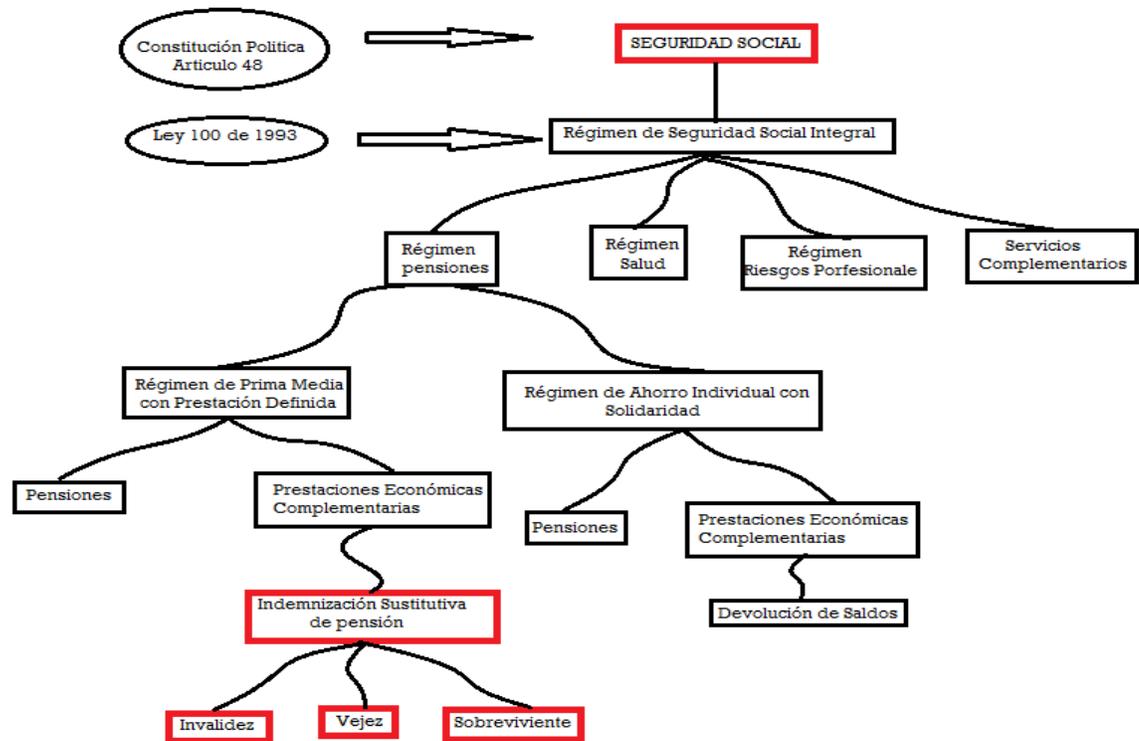
<sup>69</sup> *Ibíd.*, art. 37

<sup>70</sup> *Ibíd.*, art. 45

<sup>71</sup> *Ibíd.*, art. 49

<sup>72</sup> T-746 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Figura 1. Ubicación de la indemnización sustitutiva en el ordenamiento jurídico colombiano.



Entendida la contextualización de la indemnización sustitutiva de pensión en el ordenamiento jurídico, se procederá a continuación a describir las características más relevantes de esta prestación económica complementaria dentro del sistema pensional.

### 5.3 Características de la indemnización sustitutiva de pensión

Siguiendo los preceptos legales, jurisprudenciales y aunando con los argumentos expuestos en los anteriores capítulos, se puede inferir que la indemnización sustitutiva de pensión presenta las siguientes características:

### **5.3.1 Es un servicio público**

En la medida que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar y hacer efectivos el derecho a las prestaciones económicas complementarias que hacen parte del derecho a la seguridad social.

### **5.3.2 Es un derecho constitucional**

Por cuanto hace parte del derecho a la seguridad social, que tiene connotación constitucional, así como derecho fundamental según la teoría de la transmutación de los derechos sociales aplicada por la Corte Constitucional.

### **5.3.3 Es un derecho suplementario**

Es decir es un complemento al sistema general de pensiones, si bien el derecho principal son las pensiones. Pero ello no significa que deje de tener prioridad por cuanto hoy en día son mayores las personas que no pueden pensionarse a las que realmente lo pueden hacer, siendo de esta manera si es relevante para las personas que hacen parte del sistema pensional, porque debe existir la suficiente claridad para no vulnerar este derecho prestacional.

### **5.3.4 Es irrenunciable**

Es irrenunciable porque es inherente al ser humano, porque hace parte del derecho a la seguridad social que por disposición constitucional<sup>73</sup> así lo determinó.

---

<sup>73</sup> Art.48 de la Constitución Política.

### 5.3.5 Es imprescriptible

Frente a este tema la Corte Constitucional puede ser un poco más flexible, si bien ésta tiene una posición jurisprudencial desarrollada durante años, puede la misma ceder en protección de los derechos fundamentales:

De un lado, tenemos la posición de la Corte Constitucional en donde manifiesta que la indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible<sup>74</sup>, es decir que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sin embargo ésta se sujeta a la prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad administradora de pensiones, es decir un (1) año.

Por el otro lado, se plantea una posición más protectora en donde se manifiesta que la indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible, por lo que debiere operar en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional y en lo atinente a la solicitud de pago del mismo, es decir, que la indemnización sustitutiva de pensión debe ser imprescriptible en cuanto a su derecho y en cuanto a su pago, lo que significaría dejar de aplicar el Art. 50 del Decreto 758 del 1990, que establece el término de 1 año para reclamar el pago de las demás acreencias pensionales después de reconocido el derecho. Lo anterior se puede llegar a concretar por cuanto no es lo mismo perder por prescripción las mesadas de una pensión no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas, que perder por prescripción lo concedido en una indemnización sustitutiva de pensión; ya que la pensión continua periódicamente por tiempo ilimitado, mientras que la indemnización sustitutiva de pensión es limitada y se reconoce por una sola vez; este reconocimiento hace las veces de la pensión pero en una sola mesada, por lo que perder por prescripción este derecho equivale a despojarlo de la totalidad de los recursos con lo que contaba el solicitante.

---

<sup>74</sup> Sobre la imprescriptibilidad de los derechos prestacionales de la seguridad social en pensiones y la posibilidad de reclamarlas en cualquier tiempo ver, entre otras, las Sentencias C-230 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-624 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En cuanto a lo anterior, se puede inferir que la posición de la Corte Constitucional es más restrictiva, por lo que la posición planteada puede llegarse a convertir en una posición que proteja los derechos a las personas que pertenecen al sistema pensional y que se encuentren en posiciones desfavorables. Sin embargo, es claro que la posición que se debe aplicar es la fijada por el legislador y reiterada por la jurisprudencia.

### **5.3.6 No es necesario haber cotizado aportes en vigencia de la Ley 100 de 1993 ni estar afiliado para acceder a esta<sup>75</sup>**

En cuanto a que para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no se exige estar afiliado ni haber cotizado al Sistema General de Seguridad en Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional fijó el siguiente precedente: *“el artículo 37 de la citada Ley, (...) no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad, razón por la cual es evidente que el ámbito de aplicación de la misma está dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es, por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación”*.<sup>76</sup>

### **5.3.7 Es necesario acreditar la edad establecida por la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la prestación**

---

<sup>75</sup> Sentencias: T-972 de 2006, T-1088 de 2007, T-099 de 2008, T-850 de 2008, T-982 de 2008, T-386 de 2009, T-525 de 2009, T-539 de 2009, T-597 de 2009, T-707 de 2009, T-080 de 2010, T-235 de 2010.

<sup>76</sup> Sentencia T-972 de 2006.

Esta característica aplica para la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, por cuanto para la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente está supeditada al requisito de las semanas cotizadas estipuladas en la misma Ley.

### **5.3.8 Es necesario acreditar la imposibilidad de seguir cotizando para pensiones**

Esta característica más que ser una exigencia es una protección que el legislador determinó a los afiliados del sistema pensional con el propósito de salvaguardar derechos adquiridos o expectativas muy próximas a cumplirse. Si bien la imposibilidad de seguir cotizando obedece a razones objetivas que demuestren la verdadera situación fáctica del beneficiario, como la extrema avanzada de edad que ni aun aportando continuamente logrará el objetivo planteado por el legislador “la pensión”; como la existencia de una enfermedad que lo impida realizar nuevamente sus labores cotidianas; etc.

Expuestas las anteriores características más importantes de la indemnización sustitutiva de pensión, se proseguirá con un recuento legislativo que logre determinar con claridad el origen de esta prestación económica complementaria dentro del sistema pensional y desde luego determinar cuál fue el verdadero propósito del legislador con esta institución jurídica, para ello se realizará un recorrido transversal de esta prestación económica. Obsérvese:

## **5.4 El origen legislativo de la indemnización sustitutiva de pensión**

Para las personas que se encontraban en el sector privado, la incorporación de *la indemnización sustitutiva de pensión* en el sistema jurídico colombiano por parte del legislador fue a finales de la década de los 60, con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante el Decreto 3041 de 1966. En estas normas *la indemnización*

*sustitutiva de pensión* se concebía como un complemento necesario a la regulación normativa de la seguridad social en pensiones, cuyo propósito no era otro sino de poder garantizar a los afiliados una cobertura total en la prestación del servicio de seguridad social en pensiones, ya fuere en el caso de tener derecho a una pensión (Vejez o Muerte) por haber reunido los requisitos exigidos para ello o ya fuere para cubrir la falta de ésta (pensión) mediante la Indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades (*Vejez o Sobreviviente*). Veamos:

#### **5.4.1 Indemnización sustitutiva de pensión por vejez.**

Mediante el Acuerdo N° 224 de 1966, el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguridad Social que expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, (IVM), aprobado mediante decreto 3041 de 19 de diciembre de 1966. Estableció en el artículo 13 lo siguiente:

*“Los asegurados que habiendo cumplido las edades mínimas señaladas(60 hombres y 55 mujer), se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al Seguro Social y no hubieren acreditado el número suficiente de semanas de cotización requeridas para el derecho a la pensión de vejez, **percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión de invalidez que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.***

*“Para conceder esta indemnización se requiere que no hayan transcurrido más de diez años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades indicadas, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien semanas de cotización”. (Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto)*

Este precedente normativo sobre indemnización sustitutiva, **en la pensión de vejez**, tiene los siguientes alcances y restricciones:

- a.** Parte del supuesto que para reclamar la indemnización sustitutiva debe el hombre cumplir 60 años y la mujer 55 años.
- b.** Los afiliados deben retirarse definitivamente de las actividades del seguro social.
- c.** Los afiliados no hubieren acreditado el número mínimo de semanas requeridas para pensionarse por vejez.
- d.** Para reclamar esta prestación económica se requiere que no haya transcurrido más de 10 años entre la última cotización y el cumplimiento de la edad; es decir la indemnización sustitutiva de pensión estaba sujeta a un término de prescripción.
- e.** Como mínimo se exigían 100 semanas cotizadas para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión, es decir si tenían menos de 100 semanas, estas no era reconocida.

Por otro lado el legislador, en uso de sus facultades legales diseño otra de las prestaciones económicas que necesariamente tenían que ser el complemento de la pensión por sobreviviente, observemos como fue su desarrollo:

#### **5.4.2 Indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente.**

Ahora el mismo Decreto 3041 de 1966 estableció una indemnización sustitutiva para la pensión de sobrevivientes. Ya no se habla de la edad, como la hacía tratándose de la pensión de vejez, sino solamente de las cotizaciones. Dice el artículo 24:

*(“) Si al momento del fallecimiento, el asegurado no tuviera el número de semanas de cotización o la densidad de cotizaciones requeridas para dejar derecho a pensiones de sobrevivientes, se otorgará a sus herederos una indemnización igual a una vez el*

valor de la mensualidad de la pensión de invalidez que le habría correspondido en esa fecha al causante, por cada veinticinco semanas de cotización acreditadas, sin que el mínimo pueda ser inferior a doce mensualidades...(")

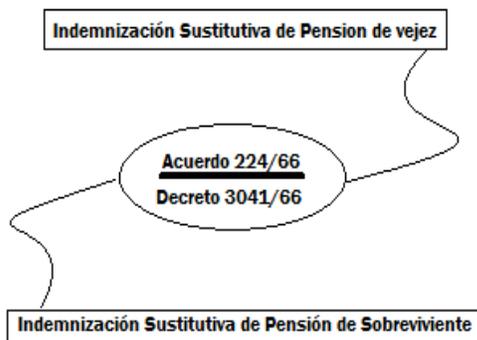
Al igual que la indemnización sustitutiva por vejez, la indemnización sustitutiva de sobreviviente, tiene sus alcances y sus restricciones, veamos:

- a. Debe existir un cotizante fallecido,
- b. El afiliado fallecido no haya cotizado el número mínimo de semanas requeridas para dejar derecho a la pensión por sobreviviente.
- c. No fija una fecha para ser reclamado, es decir puede ser reclamado en cualquier momento.
- d. Como mínimo se exigían 300 semanas cotizadas por parte del afiliado fallecido para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de sobreviviente, es decir si tenían menos de 300 semanas, estas no era reconocida.

De lo anterior se puede decir que:

**a.)** Con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante el Decreto 3041 de 1966, sólo se crearon dos indemnizaciones sustitutivas de pensión: **i.)** *La indemnización sustitutiva por vejez y, ii.)* *La indemnización sustitutiva de sobreviviente.*

Figura 2. Indemnización sustitutiva de pensión de vejez



**b.)** El reconocimiento y pago de estas prestaciones económicas era muy exigente y restrictivo.

**c.)** Igualmente se deduce del desarrollo normativo que sus beneficiarios sólo eran las personas del sector privado, por cuanto las personas que cotizaban al seguro eran exclusivamente de este sector; sin embargo, en un fallo de revisión proferido por la Corte Constitucional<sup>77</sup> se interpretó y argumentó que los beneficiarios del Decreto 3041 de 1966, en virtud del principio de favorabilidad no deberían ser sólo las personas del sector privado, sino que también deberán ser las personas que participan en el sector público, por cuanto el decreto en ninguno de sus apartes restringe ni otorga exclusividad, por ello en virtud del principio de pro operario se optó por la situación más favorable y esta es, que la norma sea aplicada a todas las personas del sector privado y del sector público, ello implica que a efectos de reconocer pensiones y prestaciones complementarias, los periodos que fueron laborados en el sector público deben ser computados.

**d.)** Estas prestaciones económicas tenían un término de prescripción, lo que las convertían en prestaciones difíciles de adquirir.

---

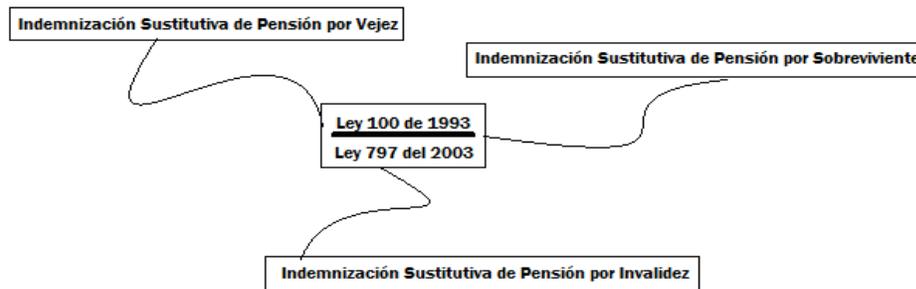
<sup>77</sup> Véase, la sentencia T-334 del 2012, Magistrado Ponente. Nilson Pinilla Pinilla.

Posteriormente, en el siglo XIX la indemnización sustitutiva de pensión expandió sus efectos a las personas que laboraban tanto en el sector privado como en el sector público con la promulgación de la Ley 100 de 1993. Aunque la indemnización sustitutiva de pensión traída con la nueva consagración normativa era más flexible y brindaba mayores beneficios a los afiliados. Echamos un pequeño vistazo para determinar cómo estaba concebida esta prestación económica:

### 5.5 La indemnización sustitutiva de pensión con la ley 100 de 1993

La ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, consagró tres indemnizaciones sustitutivas, diferentes entre sí. Veamos:

Figura 4. Indemnización sustitutiva de pensión con la Ley 100 de 1993



i.) La indemnización sustitutiva en vez de pensión de vejez, que mantiene la exigencia, que venía desde 1966, de haberse cumplido la edad pero no las cotizaciones.

(“) ARTICULO 37. *Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas*

*cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. (“)*

**ii.) Indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez.** Es una figura nueva que caracteriza así la ley 100 de 1993:

*(“) ARTICULO 45. Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Invalidez. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley. (“)*

**iii.) Respecto a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.** Mantiene la estructura proveniente de 1966. Es decir, no se tiene en cuenta la edad del afiliado sino las condiciones que deben reunir los beneficiarios. Dice el artículo 49 de la ley 100 de 1993:

*(“) ARTICULO 49. Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, 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, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.(“)*

Con la expedición de la Ley de seguridad social (Ley 100 de 1993), la *indemnización sustitutiva de pensión* adquirió mayor importancia en la medida que paralelamente al tipo de pensión que lograra adquirir el beneficiario (*Vejez, invalidez y sobreviviente*), existía un derecho complementario que reforzaba la finalidad del legislador, que no era otra que garantizar los derechos sociales y las prerrogativas asistenciales de los afiliados en el sistema.

Por otra parte, es necesario recordar que *la indemnización sustitutiva de pensión* concebida por el legislador en cualquiera de sus modalidades, es una figura otorgada exclusivamente a aquellas personas que se encuentren afiliadas en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, el legislador introdujo unos pequeños ajustes a la figura de la indemnización sustitutiva de pensión con la Ley 797 de 2003, así se fijaron ciertos requisitos y se desarrollaron algunos apartes; observemos lo prescrito:

### **5.6 La indemnización sustitutiva de pensión con la reforma introducida por la ley 797 del 2003**

Si bien, la única indemnización sustitutiva a la cual se refirió la Ley 797 de 2003, fue *la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez*. En su artículo 2°, literal p, se estableció: *p. Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley*

Pero se pregunta *¿Existió algún cambio sustancial que modificara la indemnización sustitutiva de vejez contemplada en la Ley 100 de 1993?* Al igual que la Corte Constitucional en Sentencia C-375 del 2004, considero negativa la respuesta. Puesto que, si se comparan las dos disposiciones se concluye que en nada modifica el literal p del art. 2° de la ley 797 de 2003 al Art. 37 de la Ley 100 de 1993. La nueva norma tan sólo reúne en un solo literal los enunciados normativos consagrados en el Art. 37 (*indemnización sustitutiva de pensión por vejez*) y el Art. 66 (*devolución de aportes*) de la Ley 100 de 1993, y que se resumen de la siguiente manera: “*Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de*

*acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley”.*

Ahora, no es un desconocimiento que algunos empleadores actualmente estaban utilizando esta norma para cometer arbitrariedades con sus empleados; si bien, cuando estos últimos llegaban a la edad para pensionarse, los empleadores haciendo uso del literal p del art. 2° de la ley 797 de 2003 despedían a sus trabajadores manifestándoles a éstos que el legislador había contemplado una justa causa para dar por terminada la relación laboral, por cuanto la indemnización sustitutiva de pensión era el equivalente a la pensión y que por lo tanto la relación laboral finiquitaba.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-375 del 2004, manifestó: (...) Por otro lado, la norma demandada no difiere una **justa causa** para dar por terminada la relación laboral a un trabajador, es decir, los empleados que han alcanzado la edad legal de pensión, pero no el monto de semanas cotizadas, no pueden ser desvinculados de sus trabajos bajo el argumento de que el literal p, del art. 2° de la ley 797 de 2003 así lo prescribe (...)

Lo anterior es la ratificación de que el legislador no adoptó ninguna nueva justa causa para dar por terminado la relación laboral con el literal p, del art. 2 de la Ley 797 de 2003, por lo tanto toda actuación realizada bajo estos argumentos por parte de los empleadores, era ilegal e inconstitucional.

Por otro lado, se tiene que decir que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fijó los requisitos para la pensión de sobrevivientes pero no estableció modificación a *la indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes*. Por consiguiente continúa vigente el artículo 49 de la ley 100 de 1993.

En definitiva la regulación normativa de *la indemnización sustitutiva de pensión* quedo de la siguiente manera:

- i.) El Art. 37 de la Ley 100 de 1993 que consagraba la indemnización sustitutiva de pensión por vejez; fue modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003. Aunque en la realidad no existan cambios sustanciales.*
- ii.) El Art. 45 de la Ley 100 de 1993 que consagraba la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez, aún mantiene su vigencia.*
- iii.) El Art. 49 de la Ley 100 de 1993 que consagraba la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente, aún mantiene su vigencia.*

En otras palabras, es evidente que la indemnización sustitutiva permea todo el sistema pensional, incluso puede llegarse a pensar que se ubica también en las prestaciones económicas (pensiones) reconocidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales que tienen su origen en los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Si bien, esta prestación económica complementaria puede ser especial, por cuanto tiene una normatividad exclusiva que reglamenta esta institución jurídica. Al respecto véase las siguientes reflexiones acerca del referido tema:

### **5.7 La indemnización sustitutiva de pensión de vejez especial derivado del art. 15 de la ley 776 del 2002**

Inicialmente el artículo 53 Decreto 1295 de 1994 que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-452 del 2002, por considerar que el ejecutivo había excedido sus facultades materiales para reglamentar lo pertinente al Régimen de Riesgos Profesionales, hablaba de la indemnización sustitutiva de pensión, luego con el transito legislativo el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, retomó nuevamente el tema de la indemnización sustitutiva de pensión. Pero ello no significaba que el legislador hubiere creado una indemnización sustitutiva de

pensión para el régimen de riesgos profesionales, sino que creó una *indemnización sustitutiva de vejez especial* derivada del Art. 15 de la Ley 776 del 2002.

Si se hace una comparación entre las dos normas que remiten por defecto al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, es razonable inferir que primero el Gobierno Nacional y luego el legislador posicionaron en el sistema jurídico una indemnización sustitutiva de pensión de vejez especial, en donde se puede reclamar esta prestación económica complementaria junto a la pensión por invalidez o a la pensión de sobreviviente del régimen de riesgos profesionales.

Tabla 1. Comparación Decreto 1295 de 1994 vs. Ley 776 de 2002

Art. 53 del Decreto 1295 de 1994	Art. 15 de la Ley 776 del 2002
<p>Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deba reconocerse de conformidad con el presente Decreto, se devolverán al afiliado o a sus beneficiarios:</p> <p>a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional.</p> <p>b) <b><u>Si se encuentra afiliado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1993.</u></b></p> <p><b>Parágrafo.</b> Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo 139, numeral 5º. , de la ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.</p>	<p>Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, <b>además</b> de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que <b>deberá</b>, reconocerse de conformidad con la presente ley, se <b>entregará</b> al afiliado o a los beneficiarios:</p> <p>a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;</p> <p>b) <b><u>Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.</u></b></p> <p><b>Parágrafo.</b> Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo <b>139</b>, numeral 5, de la Ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.</p>

De lo anterior es preciso señalar:

- Que la remisión que hacia el Gobierno Nacional respecto de la indemnización sustitutiva de pensión en el marco del sistema de riesgos profesionales era básicamente para determinar la posibilidad de disfrutar de una *indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial* junto a una pensión por invalidez y/o una pensión de sobreviviente estipulada en el régimen de riesgos profesionales. Igualmente fue el propósito del legislador cuando retrotrajo en el Art. 15 de la Ley 776 del 2002 al mundo jurídico la norma que había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C- 452 del 2002.

Es necesario enfatizar que la norma contempla la posibilidad de que la entidad administradora de riesgos profesionales le entregue al afiliado y/o beneficiario la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial, siempre y cuando no vaya en contravía de un derecho adquirido.

Pero, esta norma tal y como se encuentra redactada presenta varias inconsistencias que se logran avizorar en las siguientes situaciones:

**a.)** *¿El pensionado invalido debe cumplir los requisitos contemplados en el Art. 37 de la Ley 100 de 1993; esto es, edad (55 años mujer y 60 años hombre) y la declaratoria de continuar cotizando al sistema general en pensiones, a efectos de ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión por vejez?,*

**b.)** *¿Si la prestación económica complementaria que trata el régimen de riesgos profesionales es la misma prestación otorgada por el Sistema General de Pensiones ó es una prestación económica totalmente diferente y adicional a la contemplada por el legislador en la Ley 100 de 1993?*

**c.)** *¿Si en aquellos casos en que un afiliado ó pensionado en el régimen de riesgos profesionales fallezca y sus derechos sean trasladados a sus beneficiarios, estos deben cumplir con los requisitos contemplados en el Art. 37 de la Ley 100 de 1993;*

*esto es, edad (55 años mujer y 60 años hombre), a efectos de ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión por vejez?;*

Para resolver los anteriores interrogantes se debe partir de los siguientes razonamientos:

- El Art. 15 de la Ley 776 del 2002, contempló una *indemnización sustitutiva de pensión de vejez especial*, a la que se puede hacer beneficiario junto a la pensión por invalidez y/o sobreviviente del régimen de riesgos profesionales.

- Necesariamente el afiliado a riesgos profesionales que se invalide ó muera con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional debe pertenecer y estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida de la Ley 100 de 1993, para reclamar *la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial*.

- Si se infiere razonablemente del Art. 15 de la Ley 776 del 2002, la *indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial* que se deriva de esta norma es una subespecie de la indemnización sustitutiva de pensión por vejez del Art. 37 de la Ley 100 de 1993.

- Igualmente con el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, el legislador quiso enfatizar que el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez o sobreviviente de Sistema de Riesgos profesionales era compatible con la *Indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial*.

- Si se observa el Art. 4 del Decreto 1730 del 2001 se puede concluir que a pesar de que el Art. 15 de la Ley 776 de 2002, se remita al Art. 37 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003; no significa ello que deba cumplirse el requisito de la edad para tener derecho a *la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial*.

- Si se demarca gráficamente el tema de la indemnización sustitutiva de pensión en el régimen de los riesgos profesionales, se concluirá lo siguiente:

Figura 3. Requisitos Riesgo común y Derivado de relación laboral

		Riesgo Común	Riesgo Derivado de una relación laboral
Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993) (Ley 797 del 2003)	I N D E M N I Z A C I O N S U S T I T U T I V A	Vejez	✓
		Invalidez	✓
		Sobreviviente	✓
Régimen de Riesgos Profesionales (Decreto 1295 de 1994) (Ley 776 del 2002)	I N D E M N I Z A C I O N S U S T I T U T I V A	Vejez	✗
		Invalidez	✗
		Sobreviviente	✗

REMISSION

En conclusión, se estima que los afiliados y o beneficiarios no deben cumplir con la edad para ser beneficiarios de *la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial* que trata el Art. 15 de la Ley 776 de 2002. Por otro lado, con esta norma se insiste en que el legislador:

*i.)* Creó una subespecie de indemnización sustitutiva de pensión por vejez a la cual se le considera especial en la medida que regula dos casos particulares:

*1.)* Cuando el afiliado es beneficiario de la pensión por invalidez de origen profesional y decide reclamar la devolución de los aportes realizados al Régimen de Prima media con Prestación Definida por no reunir los requisitos para pensionarse por vejez,

*2.)* Cuando el beneficiario de la pensión de sobreviviente de origen profesional, decide reclamar la devolución de los aportes realizados por el causante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por no reunir los requisitos para pensionarse por vejez.

*ii.)* Concretó la compatibilidad entre *la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial* y la pensión por invalidez y/o la pensión de sobreviviente del Régimen de Riesgos Profesionales. Al respecto se hace el siguiente esquema:

Figura 4. Requisitos Pensiones e Indemnización sustitutiva de pensión

	PENSIONES		INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSION	
Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993) (Ley 797 del 2003)	Vejez	✓	Vejez	✓
	Invalidez	✓	Invalidez	✓
	Sobreviviente	✓	Sobreviviente	✓
Régimen de Riesgos Profesionales (Decreto 1395 de 1994) (Ley 776 del 2003)	Vejez	✗	<del>Vejez</del>	✓
	Invalidez	✓	<del>Invalidez</del>	✗
	Sobreviviente	✓	<del>Sobreviviente</del>	✗

Por otro lado, continuando con el desarrollo esquemático de la indemnización sustitutiva de pensión; es preciso señalar que, por regla general toda Ley que regule un tema determinado debe tener una normatividad reglamentaria que permita desarrollar la finalidad propuesta por el legislador, por ello *la indemnización sustitutiva de pensión* no podría ser la excepción, y mediante el Decreto 1730 del 2001 se reglamentó esta institución jurídica; pero, muy a pesar de tener un reglamento que delimitara ciertas citaciones fácticas, las mismas no se ajustaban a la finalidad propuesta por el legislador en un primer momento, por lo que se expidió el Decreto 4640 del 2005, que corrigió ciertas faltas contrarias a los quereres del legislativo. Percíbese como fue ese desarrollo y transito reglamentario:

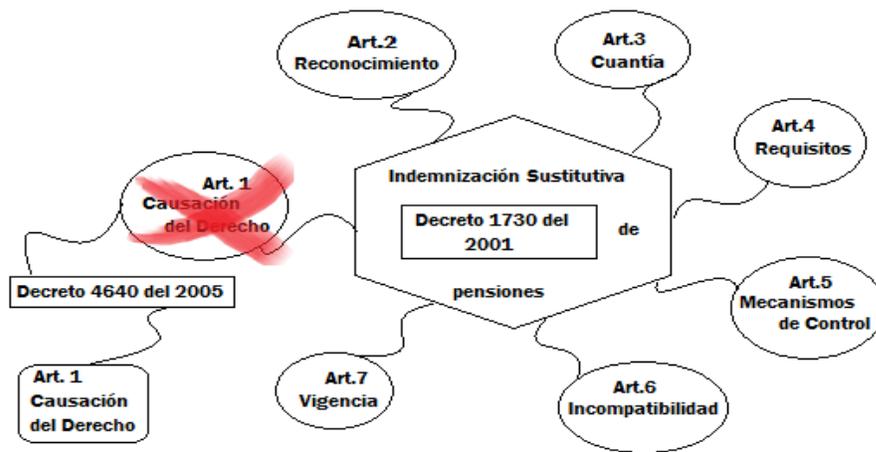
### 5.8 La reglamentación de la indemnización sustitutiva de pensión

El Decreto 1730 del 2001 publicado el 27 de agosto del mismo año, en escasas siete (7) normas reglamentó lo concerniente a la indemnización sustitutiva de pensión en todas sus modalidades (*vejez, invalidez y sobreviviente*), por lo que se observa que la prioridad que tenía esta institución jurídica para ese entonces en el

ordenamiento normativo era mínima; sin embargo hoy once (11) años después es innegable la necesidad de un desarrollo armónico, eficaz y completo, que logre coordinar y satisfacer prioritariamente las necesidades de los afiliados en el sistema pensional, cuando pierdan la expectativa de lograr una pensión.

Si bien, de las siete (7) normas en que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión, una (1) fue modificada el 16 de diciembre del año 2005 con el Decreto 4640, un poco después (2 años) de que el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de Julio del 2003, magistrado ponente Ana Margarita Olaya Forero; hubiere declarado la nulidad de varios de los apartes del Art. 1 del Decreto 1730 del 2001. Así mismo, a pesar de haberse modificado dicha norma, la nueva norma también presentó inconvenientes de inconstitucionalidad y fue así como en sentencia del 11 de Marzo del 2010, el Consejo de Estado, declaró nuevamente la nulidad de varios apartes que estaban incorporados en la nueva norma (Decreto 4640 del 2005).

Figura 5. Reglamentación de la indemnización sustitutiva de pensión



Para efectos del desarrollo de la indemnización sustitutiva de pensión, se comenzará por el discutido artículo primero (1) del Decreto 1730 del 2001, modificado por el Decreto 4640 del 2005.

### 5.8.1 Causación del derecho a la indemnización sustitutiva de pensión. “Artículo 1”

Si bien es cierto, este primer artículo fue muy controvertido por el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de Julio del 2003, cuyo magistrado ponente fue Ana Margarita Olaya Forero; en esta providencia se concluyó que era necesario por violación directa de los postulados Constitucionales (*universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad*) y del Art. 37 de Ley 100 de 1993 declarar la nulidad de una parte de la norma “**con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones**”, contenido en el inciso primero. La razón primordial para declarar la nulidad fue que el legislador en ningún momento limitó el cumplimiento de la edad bajo y las semanas cotizadas bajo el imperio del nuevo Régimen de seguridad social integral (Ley 100), pues si el sentido de la norma hubiere sido de esta manera había dejado por fuera del sistema a aquellas personas que cumplieron el requisito de la edad y las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ocasionando la vulneración de derechos adquiridos de los beneficiarios; caso contrario fue de los requisitos de “**retiro del servicio a la seguridad social y la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando**” pues estos requisitos necesariamente deben cumplirse con la entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión ya que el efecto de la Ley 100 es ultractivo.

En razón a estos pronunciamientos, el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y en especial las conferidas en el numeral 11 del Art. 189 de la constitución política, modificó el Art. 1 del Decreto 1730 del 2001, mediante la promulgación del Decreto 4640 del 2005, en este se expuso nuevamente cuando se causaba el derecho a la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en la Ley 100 de 1993. Con tan mala suerte que, el Decreto 4640 del 2005, fue nuevamente analizado por parte del Consejo de Estado en la sentencia 11 de Marzo del 2010, cuyo magistrado ponente fue Luis Rafael Vergara Quintero, y cuyo resultado de constitucionalidad y legalidad determinó que debía

declararse la nulidad de las palabras “**afiliados**” del inciso primero y “**afiliado**” del literal a, por cuanto las citadas frases contempladas en las normas pretendían adicionar un requisito no examinado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y así mismo excluir de este beneficio (**indemnización sustitutiva**) a las personas que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 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*; es decir, **retiradas del servicio activo**. Si bien es cierto, el sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 ibídem) salvaguardando los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas (Art. 289 ibídem), y se rige por los principios de universalidad, integridad y unidad. Ahora esta exigencia de ser **afiliado** al sistema general de pensiones estipuladas en las normas reglamentarias va en contraposición de los principios orientadores del sistema de seguridad social integral (*universalidad, integridad y unidad*) y también en contraposición del objeto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993. Por lo que aceptar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, 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.

Finalmente, después de todo este conflicto interpretativo se tiene una norma depurada a la que literalmente sería de la siguiente manera:

**Artículo 1°.** *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;

**b)** Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

**c)** Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

**d)** Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994<sup>78</sup>

Con la anterior norma se puede responder a las siguientes preguntas:

**a.)¿Cuándo habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez prevista en el Art. 37 de Ley 100 de 1993, modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida?**

Para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, debe configurarse los tres requisitos que se explicaran en líneas posteriores, a saberse:

---

<sup>78</sup> Decreto 4640 del 2005.

**i.)** Cuando la persona se retire del servicio de la seguridad social, en pensiones, habiendo cumplido la edad para pensionarse por vejez; es decir 60 años hombre y 55 años mujer; es decir, que después de superada esta edad y si el afiliado opto por reclamar la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, este será desvinculado del sistema general de pensiones.

Lo anterior no indica que la persona deba obligatoriamente retirarse del servicio de la seguridad social en pensiones, puesto que la norma otorga la posibilidad de seguir cotizando hasta reunir las semanas para pensionarse ó si considera que por razones objetivas no logra pensionarse y necesita la devolución de los mismos, la misma norma le otorga la posibilidad de que sean devueltos sus aportes mediante la llamada indemnización sustitutiva de pensión.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional en la sentencia C-375 del 2004, veamos:

*“(...) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados. Lo anterior significa que el afiliado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones (...)”*

**ii.)** Pero además, que no hayan cumplido las semanas mínimas para pensionarse, es decir que para la fecha en que solicita el reconocimiento tenga menos de 1300 semanas cotizadas.

Esto quiere decir que la persona puede reclamar el tiempo cotizado o laborado inferior a las semanas necesarias para pensionarse (1300) semanas, lo contrario significaría propiciar un “*enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes*” (Sentencia del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)

*iii.)* Finalmente que estas personas declaren su imposibilidad de seguir cotizando.

Esto indica, que la indemnización sustitutiva de pensión se otorga siempre y cuando medie razones objetivas para su reconocimiento, como por ejemplo: la necesidad de estos dineros para la subsistencia, la necesidad de estos dineros para garantizar la salud propia y de los miembros familiares, la necesidad de estos dineros para garantizar el mínimo vital y entre otras razones. Para efectos de probar estas situaciones, cuando mínimo debe demostrarse sumariamente que se encuentra en estas circunstancias y necesita estos recursos para proteger y garantizar sus derechos fundamentales.

***b.) ¿Cuándo habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva por invalidez prevista en el Art. 45 de Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida?***

Para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva por invalidez, debe configurarse el siguiente requisito, a saberse:

*i.)* Cuando el afiliado al momento de invalidarse no cumpla con los requisitos para pensionarse por invalidez; es decir que el dictamen médico legal que determina la pérdida de la capacidad laboral no haya sido superior a 50% o que aun siendo superior a 50% el afiliado no haya cotizado durante el último año inmediatamente anterior cuando menos 26 semanas.

Si se hace una interpretación exegética de la norma en comento se diría lo siguiente:

- Para que la persona sea beneficiaria de la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez, debe estar ***afiliada*** al Sistema General de Pensiones, que fue adoptado con la Ley 100 de 1993. Lo que excluye desde luego a las personas que laboraron antes de la Ley 100 de 1993 y que no se afiliaron al Sistema General de Pensiones.
- Que el afiliado se invalide por riesgo común. Lo que indica que si se invalida por riesgo profesional, esta norma no aplica.

**c.) ¿Cuándo habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de Sobreviviente prevista en el Art. 49 de Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida?**

Para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de sobreviviente, debe configurarse el siguiente requisito, a saberse:

- i.)* Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es pertinente sobre este enunciado hacer el siguiente análisis:

- Cuando se habla de afiliado, se refiere a una persona que se encuentra vinculada 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, lo que indica entonces que la norma en comento excluye a las personas inactivas, es decir retiradas del servicio.

- Ahora necesariamente tiene que fallecer el afiliado del sistema general de pensiones para que concurra la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente; pero que ocurre cuando la persona que fallece no es afiliada, es una persona inactiva, retirada del servicio; pero desde luego que en tiempo atrás cotizó y laboró para entidades públicas y privadas *¿Qué sucede con estos periodos cotizados o laborados?*, Si se hace una interpretación exegética de la norma actual se dirá, que sus familiares tal y como se encuentra en la disposición normativa no tienen derecho a la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente, por cuanto el fallecido no es afiliado al sistema general de pensiones. Es así como lo concibe la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia del 28 de Julio del 2011, cuyo Magistrado Ponente fue Alfredo Gómez Quintero. Literalmente el fallo manifestó lo siguiente:

*(...) Si un servidor público muere antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y posteriormente en vigencia la Ley 100 sus herederos a título universal deciden reclamar la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en dicha Ley, esta prestación económica debe ser denegada por las entidades administradoras de pensiones por cuanto al momento de la muerte del causante para los empleados públicos la legislación vigente era la Ley 71 de 1988 y esta disposición no contemplaba la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. Lo que indica que la indemnización contemplada en la Ley 100 no tiene efectos retroactivos; verlo de otra forma sería estar en contravía del principio de retrospectividad de la Ley, consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia (...)*

Sin embargo se discrepa de esta posición a la cual alude la Corte Suprema de Justicia y las administradoras de pensiones hoy en día, por cuanto el sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 ibídem) salvaguardando los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas (Art. 289 ibídem), y se rige

por los principios de universalidad, integridad y unidad. Por lo que, adoptar la posición de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ira en contraposición de los principios orientadores del sistema de seguridad social integral (*universalidad, integridad y unidad*) y también en contraposición del objeto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993. Entonces si se acepta tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, 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. En conclusión teniendo en cuenta todo lo dicho en las mencionadas líneas la posición con forme a derecho seria que los familiares si tienen en esos casos derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente, aun cuando no exista regulación normativa que así lo manifieste. De igual manera así lo concibe la Corte Constitucional en varias de sus providencias, como por ejemplo las sentencias T-850 del 2008; T-957 del 2010; T-059 del 2011; T145 del 2011; T-534 del 2011; T-659 del 2011.

**d.) ¿Cuándo habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez especial derivada de la Ley 776 del 2002?**

Para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez especial estipulada en el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, debe configurarse los siguientes requisitos, a saberse:

*i.)* Que el afiliado se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decretoley 1295 de 1994,

*ii.)* Que la invalidez o la muerte haya sido consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional,

*iii.)* Que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional acaecida al afiliado haya generado para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia,

*iv.)* Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales también se encuentre afiliado al sistema general de pensiones (*Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida*),

*v.)* Que el afiliado y/o beneficiario no haya cumplido las semanas mínimas para pensionarse por vejez en el *Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida*, es decir que para la fecha en que solicita el reconocimiento tenga menos de 1300 semanas cotizadas,

*vi.)* Finalmente que esta persona declare su imposibilidad de seguir cotizando.

Sobre los anteriores requisitos es necesario hacer las siguientes apreciaciones:

- Si bien, el origen de esta indemnización sustitutiva de pensión (vejez) son las generadas con el trabajo y la enfermedad profesional.
- Su reconocimiento comienza a partir del 01 de agosto de 1995 para las empresas del sector privado y a partir del 01 de enero de 1996 para el sector público.
- No existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial y la pensión por invalidez del régimen de riesgos profesionales o la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial y la pensión de sobreviviente del régimen de riesgos profesionales. Lo que no sucede con la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en el Sistema General de Pensiones, por cuanto esta es incompatible con las demás prestaciones económicas (*pensión de vejez, invalidez, sobreviviente*).

- Para que se conceda esta prestación económica complementaria debe existir la afiliación al Sistema General de Pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

- Aunque la disposición normativa no consagra textualmente el momento en que debe concederse esta prestación económica; se debe relacionar que cuando la norma se remite al Art. 37 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003 (*indemnización sustitutiva de pensión por vejez*); su beneficio estará supeditada al cumplimiento de los requisitos exigidos en la citada norma (una edad mínima; unas semanas cotizadas no superiores para lograr pensión; unas razones objetivas que imposibiliten seguir cotizando)

Por otro lado y continuando con el análisis de la normatividad reglamentaria, es necesario dar a conocer que el legislador en el artículo segundo fijo unos parámetros que delimitaron el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión. A saberse:

### **5.8.2 Reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión. “Artículo 2”**

El artículo segundo del Decreto 1730 del 2001, a su tenor literal manifiesta:

*(...) Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.*

*En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.*

*En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones.*

*Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993 (...)*

Frente al primer inciso de la norma en comento, es necesario aclarar que:

- La adaptación de los Regímenes en sistema de seguridad social en pensiones, fue una creación de la Ley 100 de 1993. Por un lado, se tiene el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por el otro lado, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Es de observarse que cada régimen tiene sus entidades administradoras de pensiones. Por ejemplo el Régimen de Prima Media Con Prestación definida está a cargo de COLPENSIONES antes INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; CAJANAL en liquidación; CAPRECOM; etc., todas administradoras de pensiones del sector público. Mientras que el Régimen de Ahorro individual está a cargo de FONDOS PRIVADOS por ejemplo, ING PENSIONES Y CESANTIAS; PROTECCION S.A; PORVENIR S.A y muchos más. Siendo así, el inciso de la norma en comento, manifiesta que COLPENSIONES antes INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; CAJANAL en liquidación; CAPRECOM y/o cualquier otra administradora de pensiones del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, deberán reconocer la indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades, respecto del tiempo cotizado por el trabajador. De lo anterior resultan varias inquietudes:

**a.-** *¿Los FONDOS DE PREVISION SOCIAL propios de cada entidad territorial (Municipios, Departamentos) tienen que reconocer la indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades, aún teniendo en cuenta de que éstos*

*(fondos) no hacen parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida consagrado en la Ley 100 de 1993?*

Si se tiene que reconocer la indemnización sustitutiva de pensión; es claro que cada entidad para la que haya laborado el trabajador debe cancelar ésta. Así lo ha expresado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias como por ejemplo la T- 099 del 2008; T-850 del 2008; T-238 del 2009; T-525 del 2009; T-849<sup>a</sup> del 2009; T-080 del 2010; T-478 del 2010 entre otras providencias.

***b.- ¿A quién se le cancela la cuota parte laborada, al trabajador directamente o a la última administradora de pensiones en la que se encuentre el trabajador?***

Si la persona ha laborado con varias entidades públicas o incluso cotizó con COLPENSIONES antes INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la entidad encargada de hacer el reconocimiento es la última entidad para la que laboro el trabajador. Ahora si la persona laboro para una sola entidad del orden nacional o territorial, entonces quien debe reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión es ésta entidad.

En este mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia T-750 del 2006 indicó que la entidad encargada de realizar el pago de la indemnización sustitutiva de pensión está en cabeza de la última administradora de pensiones a la que estuvo la persona afiliada, o la última entidad pública o privada a la que estuvo laborando, con la posibilidad de que esta última recobre a las demás entidades la cuota parte que corresponda.

Luego, el inciso segundo y tercero del Art. 2 del Decreto 1730 del 2001, constituye una garantía que el legislador otorgó para garantizar el reconocimiento y el pago de la indemnización sustitutiva de pensión a sus beneficiarios, ya que estos dineros protegen y efectivizan los derechos irrenunciables de la seguridad social a los que hacen parte la indemnización sustitutiva de pensión. Por ende, estos dineros deben

ser devueltos a sus beneficiarios para efectivizar la inclusión social a la que propende el Estado Social de Derecho.

Finalmente, el último inciso de la norma en comento hace alusión a las semanas que deben ser reconocidas para determinar el monto de la indemnización sustitutiva de pensión, esta norma es muy clara, pues manifiesta que a efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión se deben tener en cuenta las semanas anteriores y las consiguientes a la Ley 100 de 1993. No interpretarla de esta manera atentaría contra los postulados constitucionales de la seguridad social y sus derechos inmersos en él. Si recordamos este problema jurídico además de ser resuelto en la misma ley (Inciso final del Artículo 2 Decreto 1730 del 2001) fue interpretado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de Julio del 2003, expediente 477, Magistrado ponente Ana Margarita Olaya Forero; quien concluyo que las entidades administradoras de pensiones, deben computar las semanas laboradas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y las posteriores a esta Ley.

Aun así, en un acto contrario a derecho, las entidades administradoras de pensiones han tratado de dilatar el reconocimiento y pago la indemnización sustitutiva de pensión, planteándose interrogantes que no van al caso, por cuanto la norma es tan clara que no puede proponerse otra interpretación que la manifestada literalmente en la norma; si bien, esas preguntas que se hacen las administradoras pensionales hacen alusión a lo siguiente: *¿Qué semanas cotizadas o que periodos laborados deben tenerse en cuenta; si los periodos cotizados antes de la Ley 100 de 1993 o los periodos cotizados después de la Ley 100 de 1993 o la sumatoria de ambos periodos?*

Es muy deshonroso saber que las personas deben optar por instaurar acciones constitucionales (*acción de tutela*), contra las entidades administradoras de pensiones para garantizar sus derechos fundamentales violados por el no reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión, así la Corte

Constitucional en muchos de sus pronunciamientos como por ejemplo: T- 972 del 2006, T- 1088 del 2007, T-286 del 2008, T-088 del 2009, T-180 del 2009, T-707 del 2009, T-849<sup>a</sup> del 2009, T- 478 del 2010, T-145 del 2011, ha ratificado lo dicho por el Consejo de Estado, al igual que mediante argumentos constitucionales buscó garantizar la protección de los derechos fundamentales inmersos en esta institución jurídica como la seguridad social, el mínimo vital, el derecho al trabajo, el derecho a la vejez, entre otros derechos que pueden observarse con claridad en el capítulo segundo de esta investigación. Si bien, los argumentos fijados por la Corte Constitucional, fueron los siguientes:

*(...) el ámbito de aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión está dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación. Por tanto, el beneficio de la indemnización sustitutiva puede otorgársele a aquellas personas que cotizaron bajo normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, y su situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, razón que obliga a las entidades encargadas del reconocimiento y pago del beneficio a no abstenerse de otorgarlo bajo el argumento de que “el solicitante no cotizó en vigencia de la ley 100 de 1993”. Por lo tanto, La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe ser asegurada en “todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”. Así las cosas, el margen de aplicación de estos derechos prestacionales no se restringe a los supuestos de hecho que se originen y perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 pues, en sentido contrario, aquel se extiende hasta alcanzar los casos en los que el período de cotización fue realizado antes de la adopción del texto legal (...)*

Con todo lo dicho hasta esta página sobre el artículo segundo del decreto que reglamenta la indemnización sustitutiva de pensión, se puede inferir razonablemente que el legislador siempre quiso e ideo la manera de garantizar el reconocimiento y pago de esta prestación económica complementaria, muy a pesar de que las entidades administradoras de pensiones en su tarea irresponsable e

ilegitimo pretenda darle a la norma otro sentido al que realmente corresponde dentro del sistema pensional.

Ahora, se abordará un tema que no es muy agradable para los abogados pero que necesariamente deben saberse y desarrollarse por cuanto de ello depende estar al corriente de si una prestación económica complementaria ha sido liquidada conforme a derecho. Al respecto se refiere al artículo tercero (3) del decreto reglamentario que desarrolló la indemnización sustitutiva de pensión. Véase como se brinda claridad a este enunciado normativo:

### **5.8.3 Liquidación de la indemnización sustitutiva de pensión “Artículo 3”**

Cuando se habla de fórmulas matemáticas y de números, muchos de los colegas (abogados, Jueces y servidores públicos) prefieren buscar expertos matemáticos y financieros y/o aplicar sistemas informáticos que les resuelvan sus inquietudes y que le desarrollen la breve tarea descrita por el legislador.

Si bien, el Artículo 3 del Decreto reglamentario 1730 del 2001, estipuló una fórmula matemática que desarrolla la liquidación de la indemnización sustitutiva de pensión, pero que a simple vista es muy compleja y difícil de entender. Sin embargo con un claro ejemplo se desvirtuará esta afirmación. Por lo que se partirá del supuesto normativo, se narrará un caso cotidiano y se desarrollará éste con la respectiva fórmula:

#### *i.) Supuesto normativo:*

“(…) Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

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

Donde:

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

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

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

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (...)"

## **ii.) Caso de aplicación práctica:**

La señora Verónica nació en 1946, ingresó a laborar para FILTROS PARMO cuando tenía 19 años, cumplió los 60 años el 01 de enero de 2006, comenzó a cotizar al sistema pensional del Instituto de Seguro Social de Santander de manera interrumpida desde el día 03 de noviembre de 1965 hasta el día 31 de enero de 1979. Es decir, cotizó 2493 días, que equivalen a 356.14 semanas. En el 2012, solicitó la indemnización sustitutiva de pensión. El ingreso base de cotización (IBC) varía anualmente según la tabla que se inserta a continuación. *De acuerdo con estos datos liquídese la presente prestación económica complementaria.*

Tabla 2. Ejemplo liquidación de indemnización sustitutiva de pensión

1.- HISTORIA LABORAL DEL AFILIADO

HISTORIA LABORAL DEL AFILIADO					Tasas de Cotización de Cada Año	Valor Total Aportes Vida Laboral	Salarios Actualizados	INDICES DANE	
Fechas en las que Aportó		N° De Días	Salario Mensual	Salarios Totales Devengados				IPC Final	IPC Inicial
Desde	Hasta						30/01/06	03/11/65	
03-Nov-65	30-Nov-65	28	\$5.133,00	\$4.790,80	10%	\$215,59	\$3.584.373,96	84,5583	0,113
01-Dic-65	31-Dic-65	31	\$5.500,00	\$5.683,33	4,5 %	\$255,75	\$4.149.782,85	84,5583	0,1158
01-Ene-66	31-Dic-66	365	\$5.700,00	\$69.350,00	4,5 %	\$3.120,75	\$46.614.611,33	84,5583	0,1258
01-Ene-67	28-Feb-67	59	\$5.700,00	\$11.210,00	4,5 %	\$504,45	\$7.291.527	84,5583	0,13
01-Mar-68	31-Mar-68	31	\$4.667,00	\$4.822,57	4,5 %	\$217,02	\$3.054.233,12	84,5583	0,1335
01-Abr-68	31-Ago-68	153	\$7.000,00	\$35.700,00	4,5 %	\$1.606,50	\$20.676.241,8	84,5583	0,146
01-Sep-68	30-Sep-68	30	\$6.300,00	\$6.300,00	4,5 %	\$283,50	\$3.601.874,8	84,5583	0,1479
01-Oct-68	31-Dic-68	92	\$7.200,00	\$22.080,00	4,5 %	\$993,60	\$12.446.981,76	84,5583	0,15
01-Ene-69	28-Feb-69	59	\$7.200,00	\$14.160,00	4,5 %	\$637,20	\$7.982.303,52	84,5583	0,15
01-Mar-69	31-Mar-69	31	\$4.800,00	\$4.960,00	4,5 %	\$223,20	\$2.762.906,24	84,5583	0,1518
01-May-73	31-May-73	31	\$1.315,00	\$1.358,83	6,75 %	\$61,15	\$449.433	84,5583	0,2555
01-Jun-73	31-Dic-73	214	\$2.320,00	\$16.549,33	6,75 %	\$744,72	\$5.211.751,60	84,5583	0,2685
						\$0,00			
01-Ene-74	31-May-74	151	\$2.320,00	\$11.677,33	6,75 %	\$525,48	\$3.269.494,2	84,5583	0,302
01-Jun-74	30-Jun-74	30	\$1.005,00	\$1.005,00	6,75 %	\$45,23	\$266.481,94	84,5583	0,3189
01-Jul-74	31-Jul-74	31	\$850,00	\$878,33	6,75 %	\$39,53	\$230.637,42	84,5583	0,3219
01-Sep-75	30-Sep-75	30	\$12.430,00	\$12.430,00	6,75 %	\$559,35	\$2.590.092,82	84,5583	0,4058
01-Oct-75	31-Dic-75	92	\$22.875,00	\$70.150,00	6,75 %	\$3.156,75	\$14.352.201,17	84,5583	0,4133
01-Ene-76	31-Ene-76	31	\$23.356,00	\$24.134,53	9%	\$1.086,05	\$4.808.506,15	84,5583	0,4244
01-Feb-76	31-Jul-76	182	\$22.875,00	\$138.775,00	9%	\$6.244,88	\$25.699.908,2	84,5583	0,4566
01-Ago-76	31-Ago-76	31	\$13.725,00	\$14.182,50	9%	\$638,21	\$2.458.396,49	84,5583	0,4878
01-Sep-76	30-Sep-76	30	\$11.072,00	\$11.072,00	9%	\$498,24	\$1.886.798,6	84,5583	0,4962
01-Ene-77	31-Ene-77	31	\$29.028,00	\$29.995,60	9%	\$1.349,80	\$4.754.125,97	84,5583	0,5335
01-Feb-77	31-Dic-77	334	\$33.495,00	\$372.911,00	9%	\$16.781,00	\$49.062.891,26	84,5583	0,6427
01-Ene-78	31-Ene-78	31	\$33.495,00	\$34.611,50	9%	\$1.557,52	\$4.312.136,91	84,5583	0,6787
01-Feb-78	31-May-78	120	\$39.958,00	\$159.832,00	9%	\$7.192,44	\$18.902.268,82	84,5583	0,715
01-Jun-78	30-Jun-78	30	\$35.962,00	\$35.962,00	9%	\$1.618,29	\$4.013.840,52	84,5583	0,7576
01-Jul-78	31-Jul-78	31	\$23.974,00	\$24.773,13	9%	\$1.114,79	\$2.772.317,05	84,5583	0,7556
01-Ago-78	31-Ago-78	31	\$39.958,00	\$41.289,93	9%	\$1.858,05	\$4.614.495,96	84,5583	0,7566
01-Sep-78	30-Sep-78	30	\$45.286,00	\$45.286,00	9%	\$2.037,87	\$5.040.551,76	84,5583	0,7597
01-Oct-78	31-Dic-78	92	\$51.376,00	\$157.553,07	9%	\$7.089,89	\$16.936.707,14	84,5583	0,7866
01-Ene-79	31-Ene-79	31	\$6.850,00	\$7.078,33	9%	\$318,53	\$728.461,10	84,5583	0,8216
<b>TOTALES</b>		<b>2.493</b>		<b>\$1.390.562,13</b>	<b>7,21 %</b>	<b>\$62.575,30</b>	<b>\$284.526.319,3</b>		

### *iii.) Liquidación*

Si bien la fórmula para liquidar la indemnización sustitutiva de pensión la componen tres partes: 1.) El salario base de cotización, 2.) Las semanas cotizadas, y 3.) El promedio ponderado de cotización.

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

Por lo que, esta breve explicación se iniciará con *el salario base de cotización*:

Si bien, el legislador manifestó que el salario base de cotización es equivalente al salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores salariales señalados en el Decreto **1158** de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

Pero *¿cómo se debe interpretar el anterior enunciado?*, para ello la forma más adecuada es la siguiente:

- Paso uno: Se debe indexar los salarios totales devengados mes a mes, con la fórmula desarrollada por la jurisprudencia para actualizar la renta.

$$Ra = R \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra = Es la renta actualizado a obtener

R= Es la renta al momento en que se pagó al sistema general de pensiones.

If= Es el índice de precios al consumidor para la fecha en que se causó el

derecho<sup>79</sup>.

li= Es el índice de precios al consumidor para la fecha en que se pagó al sistema general de pensiones.

Lo anterior se debe aplicar para cada periodo al caso en particular de la siguiente manera:

$$Ra = \$4790 \times \frac{84.5583^{80}}{0.113^{81}} = \underline{\underline{\$ 3.584.373,95}}$$

- Paso dos: Se debe identificar el salario semanal devengado indexado (*ssdi*), que es la sumatoria de todos los salarios devengados indexados.

Para el caso de la señora Verónica el salario semanal devengado indexado es de **\$284.526.319**.

- Paso tres: Se debe determinar el salario base semanal, para ello se aplica la siguiente fórmula:

$$Sbs = \frac{(ssdi)}{(Tda)} * 7$$

En donde:

Sbs = Es el salario base semanal a obtener.

Ssdi = Es el salario semanal devengado indexado.

Tda = Es el total de días aportado.

---

<sup>79</sup> La causación del derecho depende del tipo de prestación económica complementaria que se reclame; cuando se refiere a la indemnización sustitutiva por vejez, la causación de derecho cuando se cumple los 60 años de edad. Ahora para la causación del derecho para la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez se genera desde el momento en que se generó la invalidez y la causación del derecho para la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente se genera desde el momento de la muerte del causante.

<sup>80</sup> IPC para la fecha en que la señora Verónica cumplió los 60 años de edad, es decir para el 01 de enero del 2006.

<sup>81</sup> IPC para la fecha en que la señora Verónica comenzó a aportar al sistema general de pensiones, es decir para el 03 de noviembre de 1965.

Para el caso en desarrollo, lo anterior se aplica de la siguiente manera:

$$\text{Sbs} = \frac{\$284.526.319}{2493} = \$114.130 * 7 = \underline{\underline{\$ 798.910}}$$

Finalmente, se tiene el salario base de cotización semanal, que para la señora Verónica sería la suma de **\$798.910**.

Ahora, como segundo componente de la fórmula para determinar la liquidación de la indemnización sustitutiva de pensión tenemos *el promedio ponderado de cotización*. Que se determina sumando todos los porcentajes otorgados en la Ley y dividiéndolos por el número de periodos cotizados.

$$\text{Ppc} = \frac{1a + 2a + 3a + 4a + 5a \dots}{\# c}$$

A efectos de determinar los porcentajes de Ley se anexa la siguiente tabla que los resume de la siguiente manera:

Tabla 3. Tasa de cotización para pensiones desde 1960 hasta el año 2012.

<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>AÑO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>MAS DE 4 SMLMV</b>	<b>16 Y 17 SMLMV</b>	<b>17 Y 18 SMLMV</b>	<b>18 Y19 SMLMV</b>	<b>19 Y 20 SMLMV</b>	<b>MAS DE 20 SMLMV</b>
Código Sustantivo del trabajo	1960	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Código Sustantivo del trabajo	1961	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Código Sustantivo del trabajo	1962	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Código Sustantivo del trabajo	1963	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Código Sustantivo del trabajo	1964	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Código Sustantivo del trabajo	1965	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1966	4.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1967	4.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1968	4.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1969	4.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1970	4.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1971	6.75	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A

<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>AÑO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>MAS DE 4 SMLMV</b>	<b>16 Y 17 SMLMV</b>	<b>17 Y 18 SMLMV</b>	<b>18 Y19 SMLMV</b>	<b>19 Y 20 SMLMV</b>	<b>MAS DE 20 SMLMV</b>
Decreto 3041 de 1966	1972	6.75	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1973	6.75	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1974	6.75	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1975	6.75	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1976	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1977	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1978	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1979	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1980	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1981	11.25	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1982	11.25	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1983	11.25	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 3041 de 1966	1984	11.25	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A

<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>AÑO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>MAS DE 4 SMLMV</b>	<b>16 Y 17 SMLMV</b>	<b>17 Y 18 SMLMV</b>	<b>18 Y19 SMLMV</b>	<b>19 Y 20 SMLMV</b>	<b>MAS DE 20 SMLMV</b>
Decreto 2879 de 1985	1985	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1986	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1987	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1988	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1989	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1990	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1991	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 2879 de 1985	1993	6.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1994	8	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1995	9	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1996	10	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1997	10.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1998	11	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	1999	11.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	2000	12	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	2001	12.5	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 100 de 1993	2002	13	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ley 797 de 2003	2003	13.5	14.5	14.7	14.9	15.1	15.3	15.5

<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>AÑO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>MAS DE 4 SMLMV</b>	<b>16 Y 17 SMLMV</b>	<b>17 Y 18 SMLMV</b>	<b>18 Y19 SMLMV</b>	<b>19 Y 20 SMLMV</b>	<b>MAS DE 20 SMLMV</b>
Ley 797 de 2003	2004	14.5	15.5	15.7	15.9	16.1	16.3	16.5
Ley 797 de 2003	2005	15.0	16.0	16.2	16.4	16.6	16.8	17.0
Ley 797 de 2003	2006	15.5	16.5	16.7	16.9	17.1	17.3	17.5
Ley 797 de 2003	2007	15.5	16.5	16.7	16.9	17.1	17.3	17.5
Ley 797 de 2003	2008	16	17.7	17.7	17.9	18.1	18.3	18.5
Decreto 4982 del 2007	2009	16	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 4982 del 2007	2010	16	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 4982 del 2007	2011	16	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Decreto 4982 del 2007	2012	16	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A

En el caso concreto de la señora verónica, se tendrá entonces lo siguiente:

$$Ppc = \frac{14 * 9\% + 7 * 6.75\% + 9 * 4.5\% + 1 * 10\%}{31} = \frac{(126) + (47.25) + (40.5) + (10)}{31} = 7.21\%$$

Por lo anterior se puede concluir que el promedio ponderado de cotización para el caso de la señora Verónica es igual a **7.21%**.

Finalmente, como se tiene identificado los tres elementos en el caso concreto de la fórmula para liquidar la indemnización sustitutiva de pensión, entonces se desarrolla la misma, así:

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

En donde:

SBC	\$798.910
SC	<b>356.14</b>
PPC	<b>7.21%</b>

$$I = \frac{\$798.910 \times 356.14 \times 7.21\%}{100\%} = \underline{\underline{\$2'514.166,51}}$$

Con todo lo dicho hasta la presente, se tiene que la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, de la señora Verónica equivale a la suma de **\$2'514.166,51**

A continuación se concertará sobre los requisitos necesarios para ser beneficiario en las distintas modalidades de indemnización sustitutiva de pensión, para ello el legislador en su Art. 4 del Decreto 1730 del 2001, redactó para cada indemnización sustitutiva de pensión los requerimientos necesarios, véase:

#### **5.8.4 Requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión “Artículo 4”**

Literalmente el Art. 4 del Decreto 1730 del 2001, manifestó:

*Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando.*

*También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.*

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

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

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

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

Frente al inciso primero y segundo de la norma en comento, que hace referencia a la indemniza sustitutiva de pensión por vejez, es necesario aclarar lo siguiente:

*- El legislador fue muy claro y preciso al señalar que los requisitos que se deben acreditar para acceder a esta prestación económica complementaria por parte de las personas que pertenecen al sector público o al sector privado **son sólo dos:** i.) el requisito de la edad (55 años mujer / 60 años hombre), que se acredita con la copia del registro civil de nacimiento y/o partida de bautismo y, ii.) la declaración de imposibilidad de seguir cotizando.*

Los requisitos adicionales que pretenda exigir la entidad administradora de pensiones no tendrán validez, por cuanto no están determinados en la Ley; un claro ejemplo se encuentra en la sentencia T-1088 del 2007 de la Corte Constitucional en donde se pretendía exigir la certificación laboral al momento de cumplir con la edad, por lo que el órgano constitucional se manifestó en siguientes términos:

*(...) No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad para obtener dicha prestación. Por ello sostener que aquellas personas que no cumplieron la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez encontrándose vinculados al servicio, pierden por esa sola circunstancia el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva por las semanas que efectivamente cotizaron, resulta una conclusión excesivamente restrictiva que no se compadece con la realidad de que el hecho de que exista una vinculación laboral al momento de cumplir el requisito de edad es una circunstancia que no depende enteramente de la voluntad del afiliado, sino que está sujeta a la eventualidad de que esta persona pueda acceder a un empleo o mantenerse en él (...)*

Igualmente, en sentencia T-180 del 2009 de la Corte Constitucional se observa otro ejemplo en el que se pretende exigir otro requisito adicional al contemplado en la Ley, consistente en acreditar que el afiliado haya cotizado aportes al sistema

general de pensiones a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, al respecto el órgano supremo manifestó:

*“(...) 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 (...)”*

Por otro lado, frente al inciso tercero del Art. 4 del Decreto 1730 del 2001, que hace referencia a la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez, se debe precisar lo siguiente:

*- El legislador contemplo para este tipo de prestaciones económicas complementarias **dos** requisitos consistente en: **i.)** acreditar el estado de invalidez de origen común que no supere el 50% de la pérdida de la capacidad laboral, examen que lo realizará las Justas de Calificación de la Invalidez de la ARP ó del Fondo administrador de pensiones. **ii.)** la declaración de imposibilidad de seguir cotizando.*

Ahora, frente al inciso 4 del Decreto 1730 del 2001, que hace referencia a la indemnización sustitutiva de sobreviviente, se debe apreciar lo siguiente:

*- El legislador para este tipo de prestaciones económica complementarias contempló **sólo dos** requisitos que deben ser acreditados por los beneficiarios (grupo familiar), a saberse: **i.)** acreditar la muerte del afiliado con el certificado de defunción, **ii.)** acreditar la calidad de beneficiario que reclama. Si el que reclama fuera el cónyuge sobreviviente, deberá aportar a la solicitud el registro civil de matrimonio. Si el que reclama fuere el compañero permanente sobreviviente, debe aportar a la solicitud las pruebas que determinen tal calidad. Si el que reclama fueran los hijos del causante deberán aportar a la solicitud el registro civil de nacimiento.*

Frente al inciso 5 del Decreto 1730 del 2001, que hace referencia a la indemnización sustitutiva de vejez especial, se enfatiza en lo siguiente:

**1.)** Si quien reclama es el beneficiario de la pensión por invalidez de origen profesional, debe acreditar lo siguiente:

*i.)* Que el beneficiario este disfrutando de una pensión por invalidez de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales; esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por invalidez.

*ii.)* Que el beneficiario disfruta de la pensión por invalidez de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales después del 01 de agosto de 1995 para las empresas del sector privado y a partir del 01 de enero de 1996 para las entidades del sector público; esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por invalidez.

*iii.)* Debe probar que se encuentra afiliado o estuvo afiliado al Régimen de Prima media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993. A pesar de que la norma reglamentaria no lo consagró, el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, si lo estipuló.

**2.)** Si quien reclama es el beneficiario de la pensión de sobreviviente de origen profesional, debe acreditar lo siguiente:

*i.)* Que el beneficiario este disfrutando de una pensión por sobreviviente de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales; esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por sobreviviente.

*ii.)* Que el beneficiario disfruta de la pensión por sobreviviente de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales después del 01 de agosto de 1995 para las empresas del sector privado y a partir del 01 de enero de 1996

para las entidades del sector público; esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por sobreviviente.

*iii.)* Debe probar que se encuentra afiliado o estuvo afiliado al Régimen de Prima media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993. A pesar de que la norma reglamentaria no lo consagró, el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, si lo estipuló.

*iv.)* Se debe acreditar la muerte del afiliado; esto se prueba con el certificado de defunción del causante.

*v.)* Se debe acreditar la calidad de beneficiario que reclama. Si el que reclama fuera el cónyuge sobreviviente, deberá aportar a la solicitud el registro civil de matrimonio. Si el que reclama fuere el compañero permanente sobreviviente, debe aportar a la solicitud las pruebas que determinen tal calidad. Si el que reclama fueran los hijos del causante deberán aportar a la solicitud el registro civil de nacimiento.

Finalmente, el inciso final del Art. 4 del Decreto reglamentario 1730 del 2001, facultó y ordenó a las entidades que vayan a reconocer la indemnización sustitutiva en cualquiera de sus modalidades verificar todos los datos a efectos de evitar fraudes procesales.

Lo dicho anteriormente lo podemos sintetizar de la siguiente manera:

Tabla 4. Documentos que se deben acreditar para acceder a la indemnización sustitutiva

<b>Indemnización Sustitutiva de Pensión por vejez</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Registro Civil de Nacimiento y/o partida de bautismo del afiliado.</li> <li>- Declaración de imposibilidad de continuar cotizando al sistema de pensiones suscrita por el afiliado.</li> </ul>
<b>Indemnización Sustitutiva de Pensión por Invalidez.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Certificado médico legal de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado.</li> <li>- Declaración de imposibilidad de continuar cotizando al sistema de pensiones suscrita por el afiliado.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Certificado de defunción del causante.</li> </ul>

<p><b>Indemnización Sustitutiva de Pensión por Sobreviviente</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Si el que reclama fuera el cónyuge sobreviviente, deberá aportar a la solicitud el registro civil de matrimonio.</li> <li>- Si el que reclama fuere el compañero permanente sobreviviente, debe aportar a la solicitud las pruebas que determinen tal calidad.</li> <li>- Si el que reclama fueran los hijos del causante deberán aportar a la solicitud el registro civil de nacimiento.</li> </ul>
<p><b>Indemnización sustitutiva de Pensión por vejez especial.</b></p>	<p><u>- Para el beneficiario de la pensión por invalidez de origen profesional, debe acreditar lo siguiente:</u></p> <p><b>a.</b> Que el beneficiario está disfrutando de una pensión por invalidez de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales; <u>esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por invalidez.</u></p> <p><b>b.</b> Que el beneficiario disfruta de la pensión por invalidez de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales después del 01 de agosto de 1995 para las empresas del sector privado y a partir del 01 de enero de 1996 para las entidades del sector público; <u>esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por invalidez.</u></p> <p><b>c.</b> Debe probar que se encuentra afiliado o estuvo afiliado al Régimen de Prima media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993. A pesar de que la norma reglamentaria no lo consagró, el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, si lo estipuló.</p> <p><u>- Si quien reclama es el beneficiario de la pensión de sobreviviente de origen profesional, debe acreditar lo siguiente:</u></p> <p><b>a.</b> Que el beneficiario este disfrutando de una pensión por sobreviviente de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales; <u>esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por sobreviviente.</u></p> <p><b>b.</b> Que el beneficiario disfruta de la pensión por sobreviviente de origen profesional otorgada por la Administradora de Riesgos Profesionales después del 01 de agosto de 1995 para las empresas del sector privado y a partir del 01 de enero de 1996 para las entidades del sector público; <u>esto se prueba con la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión por sobreviviente.</u></p> <p><b>c.</b> Debe probar que se encuentra afiliado o estuvo afiliado al Régimen de Prima media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993. A pesar de que la norma reglamentaria no lo consagró, el Art. 15 de la Ley 776 del 2002, si lo estipuló.</p>

	<p><b>d.</b> Se debe acreditar la muerte del afiliado; <u>esto se prueba con el certificado de defunción del causante.</u></p> <p><b>e.</b> Se debe acreditar la calidad de beneficiario que reclama. Si el que reclama fuera el cónyuge sobreviviente, deberá aportar a la solicitud el registro civil de matrimonio. Si el que reclama fuere el compañero permanente sobreviviente, debe aportar a la solicitud las pruebas que determinen tal calidad. Si el que reclama fueran los hijos del causante deberán aportar a la solicitud el registro civil de nacimiento.</p>
--	---

En cuanto a los mecanismos para determinar la condición de pensionado el Art. 5 del Decreto 1730 del 2001, ha enfatizado lo siguiente:

#### **5.8.5 Mecanismos de control. “Artículo 5”**

Literalmente el artículo en mención, manifiesta: “Las entidades encargadas del reconocimiento de pensiones deberán certificar la condición de pensionado o no pensionado de sus afiliados, a la entidad que se los solicite para efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva regulada en el presente decreto.”

En lo que respecta a la anterior norma tiene su sentido de ser, cuando una administradora de pensiones (*privada o pública*) pretenda verificar la información con el propósito de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades. Por lo tanto la entidad administradora de pensiones (*pública o privada*) deberá certificar a la otra administradora de pensiones (*pública o privada*) cual es la calidad que ostenta el afiliado en el sistema pensional, si es pensionado o no es pensionado. Es así como lo dispone el Artículo 5 del Decreto Reglamentario 1730 del 2001.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la incompatibilidad de prestaciones económicas, el legislador ha sido muy claro al redactar el Art. 6 del Decreto 1730 del 2001. Obsérvese:

### 5.8.6 Incompatibilidad de prestaciones económicas. “Artículo 6”

Textualmente la norma en mención, señala:

*“Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.”*

Cuando la norma alude al concepto de incompatibilidad significa la imposibilidad de concurrencia entre dos o más situaciones jurídicas en un mismo beneficiario ó lo que es lo mismo que el afiliado no puede disfrutar las dos prestaciones al mismo tiempo, o se es beneficiario de una prestación o se es beneficiario de la otra, pero no de las dos simultáneamente; es así como el texto redactado por el legislador contemplo esta restricción que tiene su razón de ser en el Art. 128 de la Constitución Política que dispone: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, **ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público**, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, **salvo los casos expresamente determinados por la ley**”.

Si bien, la incompatibilidad se ha establecido como uno de los principios del contenido de la Seguridad Social en Pensiones. Pero este concepto de incompatibilidad constituye un gran debate jurídico – político. Por cuanto, es obligatorio cotizar a todas las contingencias desde el momento del inicio de la vida laboral, generando derechos a todas las prestaciones, al momento de optar por un derecho prestacional, tan sólo se puede ser beneficiario de uno, restringiendo el reconocimiento a los demás. Luego, la incompatibilidad, no significa el impedimento de generar nuevas pensiones o prestaciones económicas sino su percepción simultánea, teniendo que optar por una de ellas, una vez reconocidas.

Por regla general el legislador en el artículo 6 del Decreto 1730 del 2001, consideró lo siguiente:

i.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por vejez del Art. 37 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003 era incompatible con la pensión por vejez de la Ley 100 de 1993.*

ii.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por vejez del Art. 37 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal p, del Art. 2 de la Ley 797 del 2003 era incompatible con la pensión por invalidez de la Ley 100 de 1993.*

iii.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez del Art. 45 de la Ley 100 de 1993, era incompatible con la pensión por invalidez de la Ley 100 de 1993.*

iv.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por invalidez del Art. 45 de la Ley 100 de 1993, era incompatible con la pensión por vejez de la Ley 100 de 1993.*

De manera excepcional el legislador en el Art. 15 de la Ley 776 del 2002 contempló la posibilidad de que fueran compatibles prestaciones económicas de diferentes causas (*Origen común / Origen laboral*), a saberse:

i.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial era compatible con la pensión por invalidez del régimen de riesgos profesionales.*

ii.) *Que la indemnización sustitutiva de pensión por vejez especial era compatible con la pensión de sobreviviente del régimen de riesgos profesionales.*

Lo dicho anteriormente lo podemos sintetizar de la siguiente manera:

Figura 6. Compatibilidad pensiones e indemnización sustitutiva de pensión

	Pensiones	Compatibilidad	Indemnización Sustitutiva de pensión
Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993) (Ley 797 del 2003)	<p>Vejez</p> <p>Invalidez</p> <p>Sobreviviente</p>		<p>Vejez</p> <p>Invalidez</p> <p>Sobreviviente</p>
Régimen de Riesgos Profesionales (Decreto 1298 de 1994) (Ley 776 del 2002)	<p>Invalidez</p> <p>Sobreviviente</p>		<p>Vejez</p>

Finalmente, el inciso segundo del Art. 6 del Decreto 1730 del 2001, merece un análisis de fondo, por cuanto su propósito debe ceder ante los derechos consagrados en Sistema General de pensiones y de seguridad social.

Si bien, el precepto normativo determinó una restricción para aquellos aportes que hicieron parte de la liquidación de una indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades, en la medida de que estos periodos no pueden volver a ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de otro derecho pensional. Pues al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-566 del 2009 ha fijado el siguiente precedente que va en contravía del enunciado normativo:

*- Se deben incluir las semanas de cotización que sirvieron de base para calcular una indemnización sustitutiva de pensión, reconocida y no reclamada por el afiliado a la administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) para acceder al derecho pensional (vejez) ya sea con el régimen de transición o con el régimen de prima media con prestación definida, debiendo existir para ello aviso oportuno de renunciar a dicha prestación pensional (indemnización sustitutiva de pensión) reconocida en acto*

*administrativo, así como la manifestación expresa de continuar cotizando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar su derecho a la pensión. Si bien, cuando una administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) no manifiesta expresamente su rechazo sobre una situación prestacional (indemnización sustitutiva de pensión) y permite que se continúe aportando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar un mejor derecho, ésta (administradora) debe respetar **el principio de confianza legítima y de la buena fe**, puesto que con su actuar (administradora) está generando para el afiliado una expectativa fundada y una convicción de que si continua cotizando y acumulando con las demás semanas que sirvieron de base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión, solicitada, reconocida y no reclamada por el afiliado tendrá derecho a consolidar su derecho de pensión.*

Ahora, si se observa tenemos una norma con una restricción y un precedente constitucional que va en contravía de la restricción, la pregunta será *¿Cuál de los dos parámetros debe aplicarse?* La solución a este planteamiento está supeditado a que se aplique la norma como regla general y en casos análogos determinados por el precedente jurisprudencial se aplica éste en lugar de aquella, aquí la regla general (*norma*) debe ceder ante el precedente jurisprudencial, porque lo que se encuentra en juego son mandatos constitucionales inherentes de todo afiliado al sistema pensional.

## **5.9 La acción de tutela frente a la indemnización sustitutiva de pensión**

Ciertamente, la acción de tutela es el mecanismo por medio del cual se protegen y se garantizan los derechos fundamentales de cada persona en un Estado, pero *¿qué sucede con los demás derechos que no son fundamentales o que siendo fundamentales necesitan la protección inmediata del Estado?* Para ello existen dos alternativas; acudir a los mecanismos de defensa ordinaria por la vía jurisdiccional o acudir a la acción de tutela por la vía constitucional de manera excepcional cuando por conexidad se estén vulnerando derechos fundamentales; cuando se trate de un

sujeto de especial protección e incluso cuando el medio judicial no es idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales.

Al llegar a este punto, es preciso señalar que la indemnización sustitutiva de pensión es un derecho de contenido prestacional y no tiene el carácter de fundamental, motivo por el cual, por regla general y atendiendo el principio de subsidiariedad<sup>82</sup>, su protección debe invocarse a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto; es decir acudir a la jurisdicción laboral. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia T-080 del 2010, ha manifestado que éste derecho puede tutelarse cuando (i) se encuentra en conexidad con un derecho fundamental, (ii) Cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional frente al cual el juicio de procedibilidad del amparo no se aplica en forma tan estricta, y (iii) cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo en procura de salvaguardar sus intereses *ius fundamentales*, o cuando existiendo ese medio, no es eficaz para proporcionar la protección adecuada.

De acuerdo a lo anterior, la acción de tutela puede ser pedida por los beneficiarios de la indemnización sustitutiva de pensión como mecanismo principal o como mecanismo transitorio, de acuerdo a las condiciones especiales del caso. Obsérvese:

---

<sup>82</sup> La Corte Constitucional indicó en la Sentencia de Unificación 039 del 2009, que en virtud del **principio de subsidiariedad de la tutela**, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

### 5.9.1 La acción de tutela como mecanismo principal y como mecanismo transitorio tendiente al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión.

En consecuencia, la Corte Constitucional en sentencia T-853 del 2010, ha indicado que la acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Si bien, los mecanismos ordinarios, por su duración y por su excesivo costo, no resultan idóneos y eficaces en algunos sujetos de especial protección constitucional debido a sus condiciones especiales. Como por ejemplo: *i.)* las personas inválidas, pues la ausencia de una pensión y la afectación de su salud, disminuye las oportunidades laborales y afecta su situación económica. *ii.)* las personas con avanzada edad, pues es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor.

Recuérdese que la condición de sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad y los discapacitados), así como las circunstancias de debilidad manifiesta, permiten presumir en la mayoría de los casos que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para proteger los derechos de las personas.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la misma sentencia<sup>83</sup> ha manifestado que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda:

*a.) Evitar un perjuicio irremediable, caracterizado éste por ser inminente, grave y urgente, por ello las medidas que se adopten deben ser impostergables a fin evitar un daño antijurídico irreparable. La Corte ha afirmado que la ponderación del perjuicio*

---

<sup>83</sup> Sentencia T-853 del 2010.

*irremediable, debe consultar las particularidades del caso concreto, a fin de definir la falta de idoneidad del mecanismo judicial ordinario y analizar, frente a las condiciones personales del peticionario, la intensidad sobre la inminencia del perjuicio irremediable para determinar qué derechos fundamentales se encuentran vulnerados. Para ello la jurisprudencia constitucional ha dispuesto ciertos requisitos que deberá ser valorado por el juez en cada caso concreto: (i) Que se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; (ii) El estado de salud del solicitante y su familia; (iii) Las condiciones económicas del peticionario; (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.*

***b.)** Cuando la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional; es decir, que trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior. Es decir: **1.-** Cuando se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y el acceso al Sistema de Seguridad Social sin ningún tipo de discriminación, como por ejemplo; la avanzada de edad, el deplorable estado de salud, la precaria situación económica, entre otros, **2.-** Cuando se verifica la grave afectación de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso, y **3.-** Cuando se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y el principio de irrenunciabilidad de las prestaciones establecidas en las normas que dan contenido al derecho a la seguridad social.*

***c.)** Cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva de pensión y la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en derecho.*

Recuérdese, que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio. Por ello, la Corte Constitucional<sup>84</sup> ha sostenido que existen ciertas circunstancias en las cuales no es posible exigirle al actor el uso oportuno de las herramientas jurídicas con las que contaba; dichas circunstancias son, fundamentalmente: *a) que la falta de actuación oportuna no responde a una actitud negligente o imprudente del titular del derecho vulnerado, b) que el afectado no estaba en capacidad de recurrir, o c) que la responsabilidad en la interposición de los recursos radicaba en cabeza de un tercero ajeno a él.*

Por otro lado, en esta misma línea de argumentación debe enunciarse lo dicho por la Corte Constitucional sobre los presupuestos requeridos para que el Juez de tutela resuelva los asuntos relacionados con la indemnización sustitutiva de pensión. Supuestos que necesariamente deben tenerse en cuenta antes de realizar un estudio de fondo del derecho que se pretenda proteger. Véase:

#### **5.9.2 Presupuestos para que sea procedente la acción de tutela cuando se solicita el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión.**

Si bien es cierto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1049 del 2006, fijó los supuestos para que el Juez de tutela pueda pronunciarse sobre reclamaciones económicas derivadas de la seguridad social como el caso de la indemnización sustitutiva de pensión, a saberse:

*i) La identificación de la clase de acreencia que se reclama, el monto de la misma y si existen pagos,*

---

<sup>84</sup> Véase la sentencia T- 851 del 2006.

- ii) La edad del accionante con el fin de establecer si los mecanismos de defensa que tiene a su alcance son eficaces para la realización del derecho,*
- iii) Si el afectado padece de alguna enfermedad o dolencia que determine la inminencia en el recibo de la prestación,*
- iv) Si cuenta con personas a cargo,*
- v) Si percibe otros recursos económicos, y de ser así, si éstos son suficientes para su manutención y,*
- vi) La carga de la argumentación o la prueba para determinar la claridad de los hechos y su carácter no litigioso.*

Como se observa, estos supuestos guían al operador judicial al momento de iniciar un estudio de fondo del derecho fundamental que se pretende proteger, y a su vez hacen las veces de requisitos previos para dar inicio formalmente a la tutela.

Otro aspecto que será prudente mencionar en este contexto, corresponde a los efectos del principio de inmediatez en la acción de tutela frente de la indemnización sustitutiva de pensión.

### **5.9.3 Principio de Inmediatez en la acción de tutela frente a la indemnización sustitutiva de pensión**

La Corte Constitucional ha señalado en diversas oportunidades que debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la acción de tutela, en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino

también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados. Al respecto, la jurisprudencia<sup>85</sup> de la Corte Constitucional ha indicado que para determinar si la acción de tutela ha sido oportuna y ha cumplido el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en cada caso concreto, aspectos tales como: (1) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (2) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela, y (3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados. En conclusión, además de que la actuación administrativa no haya finalizado, es necesario que el accionante cumpla el requisito de inmediatez, de manera que la tutela sea presentada tan pronto se tenga conocimiento de la irregularidad en el acto intermedio o de trámite que afecta los derechos fundamentales del interesado. Ello evita que la acción sea utilizada para subsanar la negligencia del accionante y que con ella se afecte indebidamente la seguridad jurídica y los derechos de los terceros con interés legítimo en la actuación administrativa.

Sin embargo, es preciso señalar que el principio de inmediatez es inoponible (no prospera) frente al derecho a la indemnización sustitutiva de pensión, por cuanto este derecho es de carácter imprescriptible, lo que indica que puede reclamarse en cualquier oportunidad temporal. De forma similar lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T-109 del 2010; T-593 del 2007, en donde indicó lo siguiente:

*(...) El principio de inmediatez es inaplicable cuándo: 1.- Se pueda constatar una vulneración persistente en el tiempo de los derechos fundamentales del reclamante y pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. 2.- La especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo*

---

<sup>85</sup> Sentencia T-123 de 2007 Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.

*el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros (...)*

Todo lo anterior enseña la importancia que tiene la acción de tutela como instrumento jurídico frente al derecho de la indemnización sustitutiva de pensión, cuyo propósito no es otro que garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales conexos, irrenunciables, imprescriptibles e inherentes de todo afiliado al sistema pensional.

De otro lado, se estudiará un tema que por su complejidad merece ser analizado a fin de evitar indebidas interpretaciones contrarias a derecho por parte de las administradoras de pensiones y desviaciones inapropiadas del erario público, con propósitos totalmente alejados a los pretendidos por el legislador en su momento, al respecto se hace alusión a las cuotas partes pagadas por las diversas entidades públicas con ocasión de los múltiples fallos de tutela tendientes a garantizar el pago de los periodos laborados para el sector público anteriores a la promulgación de la Ley 100 de 1993.

#### **5.10 La indemnización sustitutiva de pensión frente a las cuotas partes pagadas por las entidades públicas con ocasión de los diversos fallos de tutela**

Son innegables los diversos fallos de tutela que se profieren cada rato, tendientes a reconocer y ordenar el pago por parte de las entidades públicas de aquellos periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 a aquellas personas que solicitaron la indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades. Aquí la orden impartida por el Juez de tutela, es un cheque al portador y/o afiliado.

Entonces cuando el Juez mediante su sentencia ordena el reconocimiento y pago de los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 a

efectos de liquidar la indemnización sustitutiva de pensión en cualquiera de sus modalidades pueden acaecer varias hipótesis, a saberse:

Hipótesis primera: Que el ex servidor público antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 laboró con una entidad territorial (Municipio), en donde realizó sus aportes a pensiones con la misma entidad pública y se retiró del servicio sin seguir cotizando como independiente. Luego la persona al cumplir la edad para solicitar la indemnización sustitutiva de pensión por vejez inició el trámite administrativo y posteriormente el trámite jurisdiccional (*acción de tutela*), tendiente al reconocimiento y pago de estos periodos laborados. Por supuesto, el Juez al verificar los hechos reconoce y ordena el pago de estos periodos a la entidad pública directamente, liquidados mediante la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de la Ley 100 de 1993.

Aquí la liquidación de la indemnización sustitutiva de pensión se encuentra ajustada a derecho, soportada en un fallo judicial, que se sustenta en la Ley y en la Constitución.

Hipótesis segunda: Que el ex servidor público antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 laboró con una entidad territorial (*Municipio*), en donde realizó sus aportes a pensiones con la misma entidad pública; posteriormente cotizó con el Instituto de Seguros Social sin alcanzar las semanas exigidas para la pensión y por ende inicio trámite administrativo ante el seguro social para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión. Sin embargo el seguro social, última institución con la que cotizó a pensiones reconoció sólo las semanas cotizadas a ese fondo y negó el reconocimiento de los demás tiempos laborados, por ello y su delicado estado de salud el solicitante inicio trámite jurisdiccional (*Acción de tutela*) para obtener el reconocimiento y pago de estos periodos laborados. Por supuesto, el Juez de tutela al verificar los hechos ordenó pagar a la entidad territorial los periodos en los que laboró el ex servidor público por intermedio del Instituto de Seguro Social, para lo cual la entidad territorial expide y transfiere un bono pensional Tipo “B” al Instituto

de Seguro Social, liquidado conforme a las normas para los bonos pensionales y luego el seguro social transforma la cuota parte pensional otorgado por la entidad territorial y expide un acto administrativo por medio del cual le reconoce la indemnización sustitutiva de pensión al beneficiario.

Aquí al momento de transformar la cuota parte pensional en indemnización sustitutiva de pensión, el seguro social se está quedando con tres (3) de las cuatro (4) partes que entrega la entidad territorial a efectos de cancelar al beneficiario la cuota parte pensional que corresponde; si bien, por el simple hecho de existir un intermediario (*Instituto de Seguro Social*) la entidad territorial debe pagar tres (3) veces más de lo que realmente debía pagar por concepto de la indemnización sustitutiva de pensión. Un ejemplo de ello, aclara más la situación:

*Resulta que la entidad territorial debió cancelar (400) semanas laboradas, equivalentes a los años 69, 71 a 75, 79 y 81 con un Ingreso Base de Cotización mínimo. Al momento de expedir y transferir el bono pensional tipo "B" por parte del ente territorial al Instituto de seguro Social, para cumplir la orden proferida por el Juez de tutela a efectos de reconocer la indemnización sustitutiva de pensión, este bono pensional fue liquidado por un valor de \$10.000.000 millones de pesos. Ahora cuando el seguro social hace la transformación con la fórmula para liquidar la indemnización sustitutiva de pensión, arroja una liquidación por un valor de \$2'500.000 pesos aproximadamente*

Ahora, se pregunta *¿esto es posible desde el punto de vista del derecho?* Para las circunstancias actuales del derecho si es posible, porque el legislador no ha reglamentado esta situación fáctica. Si bien la fórmula que liquida la indemnización sustitutiva de pensión sólo se aplica entre la última entidad administradora de pensiones y los aportantes a pensiones. Lo que indica que no aplica para el cruce de cuentas entre las entidades administradoras de pensiones a las que laboró el cotizante, teniéndose que aplicar por analogía las reglas de los bonos pensionales

entre estas administradoras pensionales, lo que se convierte en una desviación inapropiada de los recursos del erario público.

Al respecto, lo más acorde a derecho sería que cada institución pensional reconociera y pagara la indemnización sustitutiva de pensión por separado, aún estando en contravía del precedente jurisprudencial.

A continuación y como complemento de este capítulo es necesario realizar un análisis de todos los precedentes fijados por las altas cortes, señalando para ello las líneas jurisprudenciales que se han venido desarrollando respecto de la indemnización sustitutiva de pensión a partir de 1991 con el propósito de obtener un tratamiento sistemático de este instituto jurídico. Véase como se determina este planteamiento proposicional:

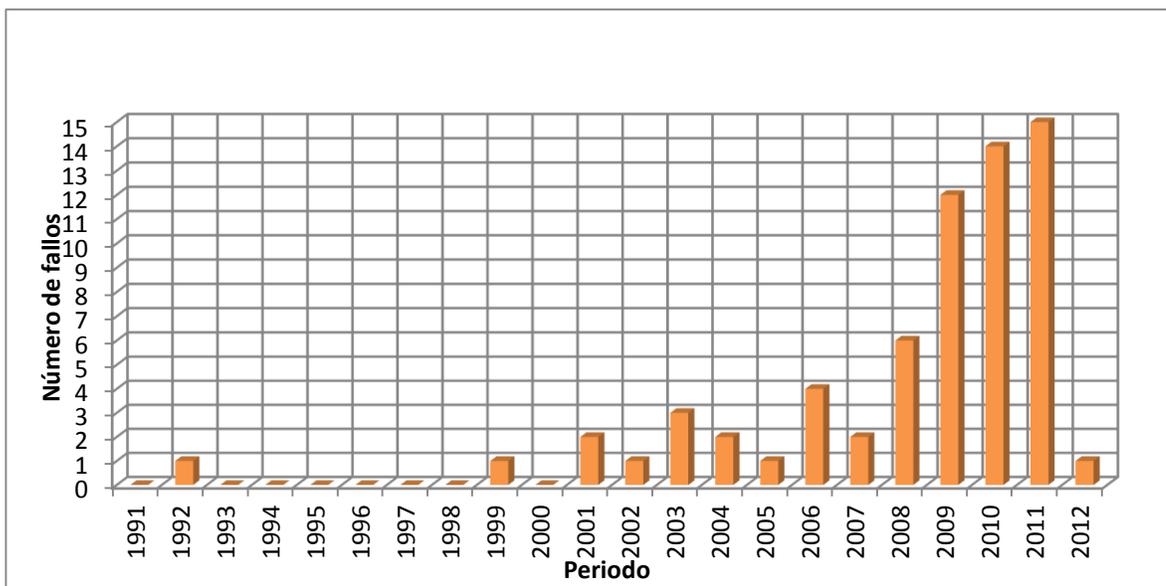
#### **5.11 La indemnización sustitutiva de pensión desarrollada por las altas cortes**

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral y el Consejo de Estado, se han pronunciado sobre el tema de la indemnización sustitutiva de pensión, es necesario como complemento de esta investigación fijar las líneas jurisprudenciales que se han creado al respecto, por cada uno de estos órganos jurisdiccionales; para que de esta manera se puede armonizar sistemáticamente el contenido de esta prestación económica complementaria en el ordenamiento jurídico, así junto a los principios, los tratados internacionales y las disposiciones normativas se logre un desarrollo apropiado que determine y/o guíe mediante parámetros sólidos la solución en las diversas eventualidades que pudieren llegar a estar sometidos los afiliados al sistema pensional. En razón de lo anterior las presentes líneas se someten al siguiente desarrollo temático:

### 5.11.1 La Corte Constitucional frente a la indemnización sustitutiva de pensión.

Si bien, desde ya hace 21 años la Corte Constitucional, comenzó la larga tarea de fijar y/o aterrizar las discusiones que se presentaban en torno a la indemnización sustitutiva de pensión, su gran producido intelectual ha arribado para el 2012 en (64) providencias; pero aun así, la ardua tarea no termina y son muchas las situaciones fácticas que merecen un pronunciamiento de fondo.

Gráfico 2. Sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el año de 1991 – 2012, frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión según los datos publicados en la página Web.



De manera didáctica se enunciarán las sentencias de la Corte Constitucional que tratan el tema de la indemnización sustitutiva de pensión ya sea de manera directa o indirecta, a saberse:

### 5.11.1.1 Sentencias de constitucionalidad

Estas providencias de la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión son relevantes en la medida en que se han fijado precedentes acordes con la constitución, y su incidencia frente al sistema jurídico es *erga omnes* y sus efectos difieren *inter comunis*.

Tabla 5. Sentencias de Constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión desde 1992 hasta el 2007, según los datos oficiales publicados en la página web.

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
491 <sup>86</sup>									1289 <sup>87</sup>		624	375			

### 5.11.1.2 Sentencias de tutela

Si bien es cierto, la parte resolutoria de estas providencias tienen un efecto *inter partes*; pero es igualmente cierto que la *ratio decidendi* de las mismas tienen un efecto *inter comunis*, por lo que el precedente que se fija en estas providencias respecto de la indemnización sustitutiva de pensión deben ser acatados por todos los Jueces de la República de Colombia.

Tabla 6. Sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión desde 1992 hasta el 2012, según los datos oficiales publicados en la página web.

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
491							827		881	609	081 981	746	025	750 967 972 1049	513 108 8	099 237 286 546 850	180 238 268 525 529	080 081 109 138 165	059 083 115 145 155	385

<sup>86</sup> Esta sentencia de Constitucionalidad fue la que abrió el debate jurisprudencial sobre la indemnización sustitutiva de pensión.

<sup>87</sup> En esta sentencia del M.P. Jaime Araujo Rentería se trató de hablar sobre la constitucionalidad de la indemnización sustitutiva de pensión, pero la corte se declaró inhibida para declarar de fondo por INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA.



Figura 8. La indemnización sustitutiva de pensión en el campo constitucional.

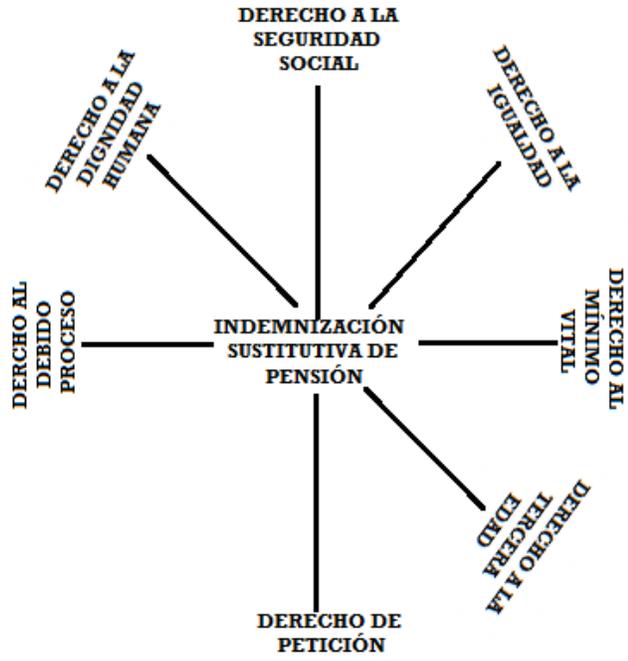


Tabla 7. Tabulación de las líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión.

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
T-981 del 2003	T-513 del 2007 T-539 del 2009	T-853 del 2010	Derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva de pensión	<b>¿Cuál es el término para resolver una solicitud de indemnización sustitutiva de pensión?</b>	El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento.
T-491 de 1992	T-764 del 2004 T-972 del 2006 T-513 del 2007 T-1088 del 2007 T-099 del 2008 T-286 del 2008 T-546 del 2008 T-180 del 2009 T-268 del 2009 T-529 del 2009 T-539 del 2009 T-597 del 2009 T-849 <sup>a</sup> del 2009 T-080 del 2010	T-829 del 2011	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	<b>¿La indemnización sustitutiva es imprescriptible?</b>	La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho de carácter pensional, por ello, es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo, sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable; es decir, el término de un (1) año, estipulado en el Art. 50 del Decreto 758 de 1990.

<sup>89</sup> Es la primera sentencia en la que se sienta la discusión de línea.

<sup>90</sup> Son las sentencias que abordan el tema de manera principal y de fondo.

<sup>91</sup> Es una sentencia con la que se tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito es el de ayudar en la identificación de la sentencias hito de línea. Por ello esta sentencia debe ser la más reciente y sus hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico.

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
	T-081 del 2010 T-109 del 2010 T-138 del 2010 T-364 del 2010 T-568 <sup>a</sup> del 2010 T-853 del 2010 T-896 del 2010 T-957 del 2010 T-083 del 2011 T-155 del 2011 T-164 del 2011 T-380 del 2011 T-515 del 2011 T-659 del 2011 T-809 del 2011				
T-972 del 2006	T-1088 del 2007 T-099 del 2008 T-286 del 2008 T-850 del 2008 T-180 del 2009 T-529 del 2009 T-539 del 2009 T-597 del 2009 T-707 del 2009 T-849 <sup>a</sup> del 2009 T-080 del 2009 T-235 del 2010 T-478 del 2010 T-957 del 2010 T-059 del 2011 T-083 del 2011	T-829 del 2011	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	<b>¿Deben computarse los tiempos laborados al sector público o al sector privado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, a efectos de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión?</b>	El sistema de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En este sentido, el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, la obligación del reconocimiento de las semanas cotizadas antes y después de la entrada en vigencia de la ley 100 apunta a que se haga una interpretación favorable al afiliado al sistema que permite proteger su derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
	T-145 del 2011 T-164 del 2011 T-505 del 2011 T-659 del 2011 T-809 del 2011				
T-972 del 2006	T-1088 del 2007 T-180 del 2009 T-525 del 2009 T-529 del 2009	T-849 <sup>a</sup> del 2009	Derecho a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	<b>¿Para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión la persona debe estar afiliada o tuvo que estar afiliado (cotizó con posterioridad) al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993?</b>	No es un requisito que el solicitante de la indemnización sustitutiva haya estado afiliado al sistema pensional con posterioridad a la Ley 100 de 1993, así como tampoco es requisito que el solicitante de la indemnización sustitutiva se encuentre en actualidad afiliado al sistema pensional de la Ley 100 de 1993; sólo le basta con que haya laborado en el sector público o privado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad.  <u>Es decir, no es una obligación para la persona el encontrarse afiliada ó que haya tenido que estar afiliada al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión.</u>
	T-850 del 2008		Derecho a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad	<b>¿Es necesario que la persona esté laborando cuando cumpla con la edad</b>	No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad para obtener dicha prestación. Por ello sostener que aquellas personas que no cumplieron la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez encontrándose vinculados al servicio, pierden por esa sola circunstancia el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva por las semanas que efectivamente cotizaron, resulta una conclusión excesivamente restrictiva que no se compadece con la realidad de que el

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
T-1088 del 2007	T-238 del 2009 T-529 del 2009 T-597 del 2009 T-080 del 2010 T-235 del 2010	T-059 del 2011	frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	<b>para hacerse acreedor de la indemnización sustitutiva de pensión?</b>	<p>hecho de que exista una vinculación laboral al momento de cumplir el requisito de edad es una circunstancia que no depende enteramente de la voluntad del afiliado, sino que está sujeta a la eventualidad de que esta persona pueda acceder a un empleo o mantenerse en él.</p> <p>En otras palabras, no es necesario para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la existencia de una vinculación laboral al momento de cumplir la edad; es decir, la persona puede retirarse del sistema sin cumplir la edad exigida y, posteriormente, cuando la alcance, elevar la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización.</p>
C-375 del 2004			Derecho a la igualdad frente la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos.	<p><b>1. Cuando el afiliado cumpla los requisitos para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión ¿éste debe dejar de cotizar al sistema pensional?</b></p> <p><b>2. ¿Se considera una justa causa para dar por terminada la relación laboral el haber reunido los requisitos para obtener una indemnización sustitutiva de pensión?</b></p>	<p>Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados. <i>(Literal p del art 2 de la Ley 797 del 2003);</i></p> <p><b>Lo anterior significa</b> que el afiliado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. <i>Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones.</i> Por otro lado, la norma demandada no difiere una <b>justa causa</b> para dar por terminada la relación laboral a un trabajador, es decir, los empleados que han alcanzado la edad legal de pensión, pero no el monto de semanas cotizadas, no pueden ser desvinculados de sus trabajos bajo el argumento de que el literal p, del art. 2° de la ley 797 de 2003 así lo prescribe.</p>

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
T-525 del 2009	T-529 del 2009 T-539 del 2009 T-849 <sup>a</sup> del 2009 T-235 del 2010 T-478 del 2010	T-083 del 2011	Derecho al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	<p>Cuando el Juez ordena el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión por parte de las entidades (públicas) a favor de los beneficiarios ¿Estas entidades deben otorgar bonos pensionales tipo "B" a los beneficiarios ó deben liquidar conforme al Art.37 de la Ley 100 de 1993?</p> <p>Si existen varias entidades (públicas o privadas) con las que el trabajador aportó a pensiones ¿Cuál de estas debe reconocer la indemnización sustitutiva de pensión?</p>	<p>Cuando el Juez de tutela ordena directamente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión a las entidades (públicas o privadas) que administran pensiones, estas deben liquidar conforme a lo estipulado en el Art. 37 de la Ley 100 de 1993.</p> <p>Es una obligación por parte de <u>la última entidad encargada del pago de la indemnización sustitutiva de pensión</u> (ISS, Cajas administradoras públicas o privadas) reconocer y vincular en la liquidación todos los periodos en los que laboró un servidor público o un trabajador del sector privado (antes o después de la ley 100 de 1993)</p>
T-566 del 2009	T-165 del 2010	T-165 del 2010	El Derecho al Debido proceso y el derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva y la pensión de jubilación.	¿Las semanas que sirvieron de base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión, solicitada reconocida y no reclamada por el afiliado pueden ser computadas y acumuladas con las demás semanas que realizó el afiliado a pensiones a efectos de reclamar un mejor derecho como la pensión?	Cuando una administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) no manifiesta expresamente su rechazo sobre una situación fáctica, como el continuar cotizando después de reconocerle la indemnización sustitutiva de pensión al afiliado y permite que se continúe aportando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar un mejor derecho, ésta (administradora) debe respetar <b>el principio de confianza legítima y de la buena fe</b> , puesto que con su actuar (administradora) está generando para el afiliado una expectativa fundada y una convicción de que si continua cotizando y acumulando con las demás semanas que sirvieron de base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión, solicitada, reconocida y no reclamada por el afiliado tendrá derecho a consolidar su derecho de pensión.
					La indemnización sustitutiva de pensión no goza de los beneficios del régimen de transición, pues este es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez, invalidez y sobreviviente, verlo de otra forma será ir en contravía del principio de retrospectividad de la Ley.

Sentencia Fundacional <sup>89</sup>	Sentencias HITO <sup>90</sup>	Sentencia Arquimedica <sup>91</sup>	Escenario constitucional	Problemas jurídicos	Reglas o líneas jurisprudenciales
T-478 del 2010	T-478 del 2010	T-478 del 2010	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	¿La indemnización sustitutiva de pensión goza de los beneficios del régimen de transición?	Si bien, respecto de la aplicación de la ley 100 de 1993 en el tiempo, la Corte Constitucional ha dicho que las personas que venían cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), se rigen en la actualidad por las disposiciones de esta ley, <b>salvo cuando hubieran adquirido derechos subjetivos bajo el imperio de las leyes anteriores.</b>

### 5.13 La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral frente a la indemnización sustitutiva de pensión

Mientras tanto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral ha sido muy pausada en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la indemnización sustitutiva de pensión, aproximadamente en (7) providencias se estima que han fijado precedentes de aplicación directa sobre este tema. Si bien, fue a partir del año 2006 en la sentencia del 15 de Mayo con radicado 26630, que el órgano colegiado se pronunció por primera vez sobre esta prestación económica complementaria bajo la orientación del magistrado ponente Eduardo López Villegas, en donde se discutieron y se resolvieron dos planteamientos jurídicos que obedecen a lo siguiente: **1.)** *¿A partir de cuándo se comienza a contar el término de prescripción (1 año) para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente?*; **2.)** *¿Cuando una persona recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del ISS, le asiste el derecho a una pensión de invalidez común de esa misma entidad, por haber perdido su capacidad laboral en el porcentaje establecido en la Ley?*

Bajo los anteriores parámetros se puede inferir que los pronunciamientos realizados en el tiempo sobre ésta institución jurídica fueron así:

Gráfica 3. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los años de 1991 a 2012, frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, según los datos oficiales de la página web.

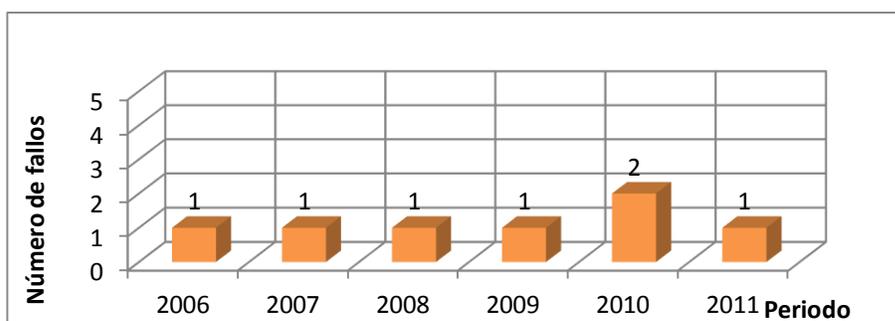


Tabla 8. Líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral frente a la indemnización sustitutiva de pensión

Fecha de sentencia	Providencia	Escenario legal	Problema jurídico	Reglas o líneas jurisprudenciales
15 de mayo del 2006.	Radicado 26630 <b>Recurso de Casación.</b>	Interpretación de las normas de prescripción en la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. <i>(Art. 50 del Decreto 758 de 1990 y Art. 18 de la Ley 797 del 2003)</i>	<b>- ¿A partir de cuándo se comienza a contar el término de prescripción (1 año) para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente?</b>	Si bien es cierto, la prescripción de la norma comienza a contarse a partir de <u>la exigibilidad del respectivo derecho (Art. 50 del Decreto 758 de 1990)</u> , pero <u>¿Cuándo es exigible el respectivo derecho?</u>  Para ello la Corte ha sentado su posición de la siguiente manera: <b>1.)</b> Cuando exista reclamación administrativa sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente ó a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, el término de prescripción comienza a contar a partir de la fecha en que le resolvieron el respectivo derecho ya sea en forma negativa o positiva. <b>2.)</b> <u>Quando no exista reclamación administrativa, el término de prescripción comienza a contar a partir de la fecha de la muerte del cotizante.</u>
20 de Noviembre del 2007	Radicado 30123 <b>Recurso extraordinario de casación.</b>	Interpretación del literal d del artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990. Así mismo se dio aplicación del Art. 38 y 39 de la Ley 100 en el caso concreto.  <i>Pensión de invalidez frente a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.</i>	<b>Quando un afiliado en vigencia de la Acuerdo 049 de 1990, reclama la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, pero continua cotizando con la administradora de pensiones por otro riesgo como invalidez o muerte, y en vigencia de la Ley 100 de 1993 ocurre el riesgo para el que se estaba cotizando ¿los beneficiarios tienen derecho a la pensión por sobreviviente del régimen pensional anterior, cuando han reunido los requisitos legales?</b>	A juicio de la Corte, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo profesional, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; pues si bien es cierto, que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva. Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se

Fecha de sentencia	Providencia	Escenario legal	Problema jurídico	Reglas o líneas jurisprudenciales
				<p>opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez.</p> <p>Además, advierte la Corte, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS (<i>Excluir del seguro a quienes hayan recibido del mismo la indemnización sustitutiva de vejez</i>), conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), pierda el cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son <b>la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia</b>. En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.</p>
25 de marzo del 2009.	Radicado 34014 <b>Recurso de Casación</b>	<p>Interpretación del literal d del artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990.</p> <p><i>Pensión de sobreviviente frente a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.</i></p>	<b>Cuando un afiliado en vigencia de la Acuerdo 049 de 1990, reclama la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, pero continua cotizando con la administradora de pensiones por otro riesgo como invalidez o muerte, y en vigencia de la Ley 100</b>	<p>Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria.</p> <p>La indemnización sustitutiva de pensión de vejez que se le cancela a un afiliado, es como su mismo nombre lo indica, sustituye esa prestación concretamente (pensión de vejez) y no las otras contingencias que también ampara el sistema, como la invalidez y la muerte, por lo que resulta equivocado un razonamiento diferente. A juicio de la Corte, cuando</p>

Fecha de sentencia	Providencia	Escenario legal	Problema jurídico	Reglas o líneas jurisprudenciales
			<p>de 1993 ocurre el riesgo para el que se estaba cotizando ¿los beneficiarios tienen derecho a la pensión por sobreviviente del régimen pensional anterior, cuando han reunido los requisitos legales?</p>	<p>un afiliado al ISS, le aporte más de 300 semanas antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con el principio de la condición más beneficiosa, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990. (Interpretación análoga se presentó en la Sentencia de casación radicada 25090 del 14 de Julio del 2005)</p>
<p>21 de mayo del 2010.</p>	<p>Expediente 18 2007 00473 01, <b>Grado jurisdiccional de CONSULTA.</b></p>	<p>La indemnización sustitutiva de pensión de vejez frente al régimen de transición.</p>	<p>- ¿La indemnización sustitutiva de pensión goza de los beneficios del régimen de transición?</p> <p>- ¿Se debe cotizar en vigencia de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez?</p> <p>- ¿La sanción de los interés moratorios se aplica a la indemnización sustitutiva de pensión?</p>	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión no goza de los beneficios del régimen de transición, pues este es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez, invalidez o sobreviviente.</p> <p>- En los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se debe cotizar en vigencia de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.</p> <p>- La sanción de los intereses moratorios cuando se incurre en mora de la mesada pensional consagrada en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 no es viable para la indemnización sustitutiva de pensión. Por cuanto esta prestación no es y no se asimila a una mesada pensional.</p>
<p>26 de octubre del 2010.</p>	<p>Radicado 38620 <b>Recurso de Casación.</b></p>	<p>La exclusión de la indemnización sustitutiva de pensión sobre el régimen de transición.</p>	<p>- ¿La indemnización sustitutiva de pensión goza de los beneficios del régimen de transición?</p>	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión no goza de los beneficios del régimen de transición, pues este es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez, invalidez o sobreviviente; verlo de otra forma sería estar en contravía del principio de retrospectividad de la Ley, consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia.</p>

Fecha de sentencia	Providencia	Escenario legal	Problema jurídico	Reglas o líneas jurisprudenciales
28 de Julio del 2011.	Impugnación al fallo de tutela 55232.	Derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, la igualdad frente a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.	- ¿ <b>Si un servidor público muere antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y posteriormente en vigencia la Ley 100 sus herederos a título universal deciden reclamar la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en dicha Ley, esta prestación económica puede ser reconocida?</b>	- Si un servidor público muere antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y posteriormente en vigencia la Ley 100 sus herederos a título universal deciden reclamar la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en dicha Ley, esta prestación económica debe ser denegada por las entidades administradoras de pensiones por cuanto al momento de la muerte del causante para los empleados públicos la legislación vigente era la Ley 71 de 1988 y esta disposición no contemplaba la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. Lo que indica que la indemnización contemplada en la Ley 100 no tiene efectos retroactivos; verlo de otra forma sería estar en contravía del <b>principio de retrospectividad de la Ley</b> , consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia.

#### 5.14 El Consejo de Estado frente a la Indemnización Sustitutiva de Pensión

Por otro lado, el Consejo de Estado ha proferido (5) providencias que resuelven de fondo varias situaciones fácticas concernientes a la indemnización sustitutiva de pensión. Si bien, su desarrollo jurisprudencial inicio el 07 de febrero del 2002 bajo la orientación del magistrado Alier Eduardo Hernández Enrique en donde se fijó el siguiente precedente:

*(...) En los eventos en los que se discuta la ocurrencia de un derecho pensional que no ha sido controvertido en la jurisdicción ordinaria y los intervinientes se encuentren en situación de debilidad manifiesta, se concederá la acción de tutela de manera transitoria para proteger los derechos fundamentales, siendo viable por parte del Juez constitucional: 1.- Ordenar al solicitante acudir a la jurisdicción ordinaria en el término de 4 meses de notificado el fallo de tutela, y 2.- Hacer uso de la indemnización sustitutiva de pensión para evitar un perjuicio irremediable mientras se resuelve de fondo en la Jurisdicción laboral el reconocimiento o no del derecho pensional. Ahora dado el caso en que la decisión del Juez ordinario sea favorable a lo pretendido por el solicitante la administradora de pensiones deberá descontar lo otorgado por indemnización sustitutiva concedida con ocasión de la tutela (...) **(Interpretación analógica de la sentencia T-101 del 2000 de la Corte Constitucional)***

Igualmente bajo un mismo esquema se puede inferir que los pronunciamientos realizados en el tiempo y espacio sobre ésta institución jurídica fueron así:

Gráfico 4. Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años de 1991 a 2012 frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, según los datos oficiales de la página web de la institución.



Tabla 9. Líneas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado frente a la indemnización sustitutiva de pensión

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
17 de Julio del 2003	Expediente 477 del 2003- Acción de Nulidad por inconstitucionalidad	Estudio de constitucionalidad y legalidad de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión. <i>(Inciso 1 del Art 1 del Decreto 1730 del 2001)</i>	<p>- El espíritu del legislador no era limitar la indemnización sustitutiva por vejez sólo a los afiliados del ISS, ya que ello impediría que los servidores públicos afiliados a una entidad administradora diferente al ISS no pudieran cumplir con los requisitos para tener derecho a ese beneficio. Es cierto que la opción de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez en la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 sólo existía para los afiliados al ISS; sin embargo la nueva figura creada en la ley 100 cobija tanto a dichos afiliados como a los de una administradora diferente al ISS, pues no sería razonable y violaría el derecho a la igualdad que los afiliados a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, diferentes a éste, por el hecho de serlo, no les sea permitido, si se dan las condiciones que la misma ley establece en su artículo 37, acceder a la prestación, pretextando la falta de tal beneficio en el régimen anterior que los gobernaba.</p>	<p><b>¿Puede aplicarse la indemnización sustitutiva de pensión contemplada en la Ley 100 de 1993, a los servidores públicos?</b></p>
			<p>- Uno de los requisitos que consagraba el inciso primero del Art. 1 del Decreto Reglamentario 1730, respecto de la indemnización sustitutiva era que las personas debían cumplir la edad y las semanas cotizadas <b>con posterioridad a la vigencia del Sistema General de pensiones</b>, sin embargo el Consejo de Estado bajo un estudio riguroso de constitucionalidad encontró que dicha disposición va en contravía de los postulados constitucionales (universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad) y legales (Art. 37 de la Ley 100); por lo que, declaró la NULIDAD de la frase <b>“con posterioridad a la vigencia del sistema General de Pensiones”</b>, la razón primordial para declarar la nulidad fue que el legislador en ningún momento limito el cumplimiento de la edad y las semanas cotizadas bajo el imperio del nuevo Régimen de seguridad social integral ( Ley 100), pues si el sentido de la norma hubiere sido de esta manera había dejado por fuera del sistema a aquellas personas que cumplieron el requisito de la edad y las semanas cotizadas con</p>	<p><b>¿Es Nula la frase “con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones”, contenido en el inciso 1 del Art. 1 del Decreto Reglamentario 1730 del 2001?</b></p>

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
			<p>anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ocasionando la vulneración de derechos adquiridos de los beneficiarios; caso contrario fue de los requisitos de <b>“retiro del servicio a la seguridad social y la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando”</b> pues estos requisitos necesariamente deben cumplirse con la entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión ya que el efecto de la Ley 100 es ultractivo.</p>	
26 de Octubre del 2006	Expediente 4109 del 2009 – Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho (2da Instancia)	La indemnización sustitutiva de pensión en el marco de la Ley 100 de 1993.	<p>- En aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca el Consejo de Estado que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. <i>Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (Art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (Art. 53 ibídem), 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 (Art. 46).</i> 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 Constitución 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 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 administradora de pensiones para reconocer el derecho</p>	<p><b>¿Es necesario estar vinculado al servicio público a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión?</b></p> <p><b>¿La indemnización sustitutiva de pensión exige un número mínimo de semanas cotizadas para ser beneficiario de esta prestación económica</b></p>

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
			<p>a la indemnización sustitutiva, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuó aportes. <b><i>(Interpretación analógica de la Sentencia del 28 de Noviembre del 2002, expediente 2451 del 2002, Actor David Angulo, M.P. Jesús Lemos Bustamante)</i></b></p>	<p><b>complementaria dentro del sistema pensional?</b></p>
			<p>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no exige un número determinado de semanas cotizadas para que la persona pueda acceder a la indemnización sustitutiva o a la pensión de vejez; por el contrario, no haber cotizado el mínimo de semanas requeridas para la pensión de vejez es un presupuesto para la procedencia del derecho.</p>	
			<p>- El Consejo de Estado precisa que: una cosa es que la persona que contaba a su favor con 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. <i>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, el literal f que consagro lo siguiente: “Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas 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</i></p>	<p><b>¿La desvinculación del servicio general de seguridad social conlleva el retiro del sistema pensional?</b></p>
				<p><b>¿Deben computarse los tiempos laborados al sector público o al sector privado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, a efectos de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión?</b></p>

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
			<p><u>servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.</u>"</p> <p>- Cuando en un proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho se solicita la Nulidad de un acto administrativo que negó la indemnización sustitutiva y el consecuente reconocimiento y pago de tal derecho, pero resulta probado del análisis legal y factico por el juzgador que el derecho que debe ser reconocido es el de <u>pensión de jubilación</u>, el Juez Contencioso deberá otorgar este derecho, en virtud del principio de favorabilidad, el derecho fundamental de pensión y entre otros derechos fundamentales. <b>(Sentencia C-197 de 7 de abril de 1999)</b></p>	<p><b>Cuando se encuentra probado en un proceso judicial el cumplimiento de los requisitos legales de un mejor derecho que la indemnización sustitutiva de pensión ¿se debe reconocer este mejor derecho?</b></p>
<p>11 de Marzo del 2010</p>	<p>Expediente 984 del 2007 - Acción de Simple Nulidad. (Única instancia)</p>	<p>Estudio de constitucionalidad y legalidad de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión. <i>(Inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y del inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001)</i></p>	<p>- Se declaró la NULIDAD de la frase "<b>afiliado y afiliados</b>" contenida en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y consecuentemente la NULIDAD de la frase "<b>afiliado y afiliados</b>" contenida en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001, por cuanto las citadas frases contempladas en las normas pretendían adicionar un requisito no contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y así mismo excluir de este beneficio (<b>indemnización sustitutiva</b>) a las personas que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se encontraban vinculadas, <i>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</i>; es decir, <b>retiradas del servicio activo</b>. Si bien es cierto, el sistema general de pensiones contempladas en la Ley 100 de 1993 se aplican a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 ibídem) salvaguardando los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas (Art. 289 ibídem), y se rige por los principios de universalidad, integridad y unidad. Ahora esta exigencia de ser <b>afiliado</b> al sistema general de pensiones estipuladas en las normas reglamentarias va en contraposición de los principios orientadores del sistema de seguridad social integral</p>	<p><b>¿Es Nulo la frase "afiliado" y "afiliados" contenido en el inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y del inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001?</b></p>

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
			<p>(<i>universalidad, integridad y unidad</i>) y también en contraposición del objeto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993. <b>Por lo que aceptar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, 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.</b></p> <p>- El Consejo de Estado reitero que para reconocer las pensiones y prestaciones (<b>Indemnización sustitutiva de pensión</b>) se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas o el tiempo de servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, <b>es decir las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos.</b></p> <p>- El Consejo de Estado reitero que la exigencia consagrada en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y a su vez contenida en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001, de <b><u>retirarse del servicio habiendo cumplido con la edad para pensionarse</u></b>, no indica que el afiliado deba cumplir la edad pensional estando en servicio para poder gozar de la indemnización sustitutiva de pensión, sino que la norma reglamentaria indica que <b>“si en ese momento se encuentra el afiliado 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</b></p>	<p>¿Deben computarse los tiempos laborados al sector público o al sector privado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, a efectos de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión?</p> <p>¿Es necesario retirarse del servicio y dejar de cotizar para poder reclamar la indemnización sustitutiva de pensión?</p>

Fecha de sentencias	Sentencias	Escenario de Estudio	Argumentos Jurídicos	Problemas Jurídicos
			<p><i>esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada". (Sentencia del Consejo de Estado 168 del 2002, Magistrado Ponente Tarcisio Cáceres Toro )</i></p>	

Finalmente y como complemento del estudio sistemático de la indemnización sustitutiva de pensión, se revisará en este mismo contexto si existe alguna repercusión directa entre ésta y la nueva figura jurídica del sistema pensional determinada para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida conocida como *Pensión Familiar*, creada por el legislador el 01 de octubre del 2012 mediante la Ley 1580.

### **5.15 La indemnización sustitutiva de pensión frente a la pensión familiar**

Si bien, la pensión familiar fue creada por el legislador con el propósito de amparar el núcleo familiar dentro del Estado Social de Derecho; pero, que dijo el legislador en el caso de que ésta pensión no lograra su objetivo, acaso *¿puede obtenerse la devolución de los dineros cotizados?*

De acuerdo con la Ley 1580 del 2012, el legislador desarrollo la pensión familiar partiendo de la indemnización sustitutiva de pensión de cada cónyuge o compañero permanente; de ahí que cuando los dos cónyuges habiendo reunido la edad para pensionarse y no tengan las semanas cotizadas para ello individualmente, pueden unir sus semanas para tener derecho a una pensión familiar; precisamente fue una alternativa creada por el legislador para proteger el núcleo familiar. Pero que sucede, si uniendo las dos cotizaciones no se logra reunir las semanas necesarias para pensionarse; pues estos dos afiliados tienen dos alternativas: *i.)* continuar cotizando por separado hasta alcanzar las semanas necesarias al momento de unir las cotizaciones o, *ii.)* Finalmente pueden optar cada uno separadamente por reclamar la indemnización sustitutiva de pensión.

Lo anterior significa que el legislador no creo una indemnización sustitutiva de pensión para esta prestación económica (*pensión familiar*), puesto que esta pensión nace del cumplimiento de los requisitos para obtener la indemnización sustitutiva de

pensión por vejez. Pero lo que si puede llegarse a pensar es que el legislador adoptó una nueva alternativa para aquellas personas que no cumplieron los requisitos para obtener una pensión individualizada.

En conclusión, en este capítulo, se sistematizó y sintetizó en su conjunto todos los parámetros necesarios para que los operadores del derecho, llámese Juez, funcionarios del Instituto de Seguro Social ahora COLPENSIONES, y en general toda persona que esté interesada en el tema de la indemnización sustitutiva de pensión, puedan y tengan las herramientas necesarias al momento de decidir y analizar situaciones fácticas en concreto.

Es necesario precisar que la indemnización sustitutiva de pensión no es un simple beneficio otorgado por el legislador en un periodo determinado, sino que es un derecho inherente que tiene toda persona que hace parte del sistema pensional, su reconocimiento está determinado por el esfuerzo que ésta realizó durante toda su vida productiva y que por cuestión ajenas a su voluntad no pudo lograr un mejor derecho como *la pensión*.

A diferencia de la devolución de los aportes del régimen de ahorro individual, la indemnización sustitutiva de pensión no reconoce los rendimientos financieros que debería producir todo capital rentable; si bien es cierto, el cúmulo de los aportes que se realizan a pensiones crean un capital con un propósito especial, pero el hecho de que tenga un propósito especial no debería exonerarlo de tener ciertos rendimientos, así se manifieste que estos aportes se destinen a un fondo de naturaleza pública con un propósito especial, pues al igual que cuando se reúnen todos los requisitos la Ley otorga un beneficio (pensión) al cotizante, debería igualmente existir un beneficio para aquellas personas que cotizaron y no lograron obtener la recompensa concedida por el legislador; pero este beneficio no se trata del simple hecho de devolver los dineros aportados, sino que debería establecerse y otorgarse un beneficio determinado en un rendimiento financiero especial. Siendo

de esta manera se puede posicionar un verdadero Estado Social de Derecho, que garantiza y proteja a los afiliados al sistema pensional.

El hecho de recolectar toda la información y darle una interpretación debida sobre la indemnización sustitutiva de pensión en un sólo texto, puede en cierta medida agilizar la labor del operador del derecho al momento de tomar una decisión respecto de esta institución jurídica, pues de la misma manera lo quiso el legislador en un momento determinado. Por ello el aporte fundamental de este capítulo fue dar a conocer y sistematizar una figura jurídica que tuvo sus orígenes en el año de 1966 y que aún perdura su aplicabilidad en la actualidad, con múltiples transformaciones y diversas interpretaciones.

Igualmente al explorar las diversas interpretaciones que le han brindado a esta institución jurídica los máximos órganos jurisdiccionales, se puede evidenciar con claridad que no existe unanimidad en ciertos temas jurídicos como por ejemplo: *¿ Si un servidor público muere antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y posteriormente en vigencia la Ley 100 sus herederos a titulo universal deciden reclamar la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en dicha Ley, esta prestación económica puede ser reconocida?* Este es un problema que ha trascendido tanto en la Corte Constitucional como para la Corte Suprema de Justicia, para la primera este derecho persiste en sus beneficiarios mientras que para la segunda no. Pero se pregunta *¿cuál es la afirmación correcta?*, quizás la respuesta correcta depende del camino jurídico que escoja el solicitante, si decide resolver el conflicto de intereses mediante la jurisdicción ordinaria puede que su derecho no prospere o por el contrario si existen las suficientes razones para escoger la jurisdicción constitucional, su derecho puede estar más protegido.

## 6. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY UTILIZADA COMO DISCURSO PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN LOS CASOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN.

Como se vio en el capítulo anterior, la indemnización sustitutiva de pensión es una institución jurídica que tiene problemas de interpretación y valoración, quizás como lo indicó ROBERT ALEXY en su libro *Teoría de la argumentación Jurídica*, dichos inconvenientes surgen por *la vaguedad del lenguaje jurídico, por la posibilidad de conflicto entre normas, por la posibilidad de lagunas o por la posibilidad de decidir situaciones fácticas apartándose del tenor literal de una norma en casos especiales*.<sup>92</sup>

Ahora bien, dichas dificultades de interpretación que afronta la indemnización sustitutiva de pensión podrán ser superadas aplicando la *Teoría de la argumentación jurídica* como parte del “*discurso práctico general*” planteado por ROBERT ALEXY. Siendo ésta una actividad lingüística que tiene lugar en las múltiples situaciones con el propósito de corregir los enunciados normativos y valorativos (decisiones judiciales)<sup>93</sup>; *si bien, la base normativa de esta teoría la componen la idea de la libertad y de igualdad, presupone una situación de dialogo ideal en el que el objetivo es convencer jurídicamente y no manipular a la otra parte, y en la que los participantes se colocan de acuerdo en adoptar unas reglas básicas que facilitan el desarrollo de la discusión en el marco de la racionalidad*<sup>94</sup>. Teniendo la racionalidad un papel importante con relación a la aceptabilidad y la legitimidad del resultado ya que ésta es parte integrante del estilo y forma de vida en que participan las personas en una sociedad, de manera que quien se comporta o actúa por fuera de los cánones de la racionalidad, está violando una de las reglas básicas de la vida social.

---

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, Traducción de MANUEL ATIENZA e Isabel Espejo, Madrid 1997. Página 23-24.

<sup>93</sup> Ibid., página 34.

<sup>94</sup> Carrillo de la Rosa, Yesid. *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico.. Ediciones doctrina y ley*, Bogotá D.C. 2009. Página 222.

Dichas reglas básicas que componen el discurso práctico general en donde se ubica la Teoría de la argumentación jurídica, son las siguientes: **(i) las reglas fundamentales**, que constituyen una condición básica para la comunicación lingüística humana, como; la no contradicción<sup>95</sup>, en donde los hablantes no deben contradecirse; la sinceridad<sup>96</sup>, según la cual el hablante sólo debe afirmar aquello que él mismo cree; la univocidad<sup>97</sup>, que presupone que las expresiones que se usan en el marco de la discusión racional no significan cosa diferente para los hablantes; el uso común del lenguaje<sup>98</sup>, y la universalidad<sup>99</sup>, que presupone la exigencia de estar dispuesto a actuar siempre coherentemente, **(ii) las reglas de la razón**, que consiste en que quien participa en un discurso debe estar dispuesto a dar razones cuando se le pide que fundamente lo que afirma, a menos que pueda dar razones que justifiquen su negativa a una fundamentación<sup>100</sup>, **(iii) las reglas sobre la carga de la argumentación**, que presupone que quien discute un tema está en la obligación de argumentar y dar razones que justifiquen su idea **(iv) las reglas de la fundamentación**, que precisan ciertas características de la argumentación práctica y regula la manera de como por conducto de las diversas formas del discurso, se pueden establecer estas<sup>101</sup>; **(v) las reglas de transición**, opera cuando los problemas no pueden resolverse con el discurso práctico entonces cualquier hablante y en cualquier momento, es posible pasar a un discurso teórico, un discurso de análisis de lenguaje o un discurso de la teoría del discurso<sup>102</sup>; **(vi) las reglas de justificación**, por cuanto los discursos jurídicos procuran siempre por justificar un tipo especial de enunciados normativos (decisiones jurídicas), *en donde debe existir la coherencia entre las premisas en que se apoya la decisión y la decisión misma (Justificación interna) y el esclarecimiento de las razones por las cuales se ha elegido una determinada premisa que sirve de fundamento a la decisión (Justificación*

---

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Página 185.

<sup>96</sup> Ibid., páginas 185 y 186.

<sup>97</sup> Carrillo de la Rosa, Yesid. *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Ediciones doctrina y ley, Bogotá D.C. 2009. Página 227.

<sup>98</sup> Ibid., páginas 185.

<sup>99</sup> Ibid., páginas 186 y 187.

<sup>100</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho*, op. Cit., p. 158.

<sup>101</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho*, op. Cit., p. 160.

<sup>102</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Página 201.

externa)<sup>103</sup>, **(vi)** las reglas de la argumentación dogmática, constituida por una serie de enunciados que surgen en el marco de las discusiones de una ciencia jurídicamente institucionalizada sobre las normas establecidas y a la aplicación del derecho<sup>104</sup> y **(vii)** las reglas sobre el uso del precedente, y su aplicación es obligatoria en aquellos eventos en que pueda citarse a favor o en contra de una decisión y quien quiera apartarse del precedente, debe asumir la carga de la prueba<sup>105</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en aras de buscar una solución que garantice los derechos a las prestaciones económicas complementarias (indemnización sustitutiva de pensión) de los afiliados al sistema pensional o de aquellas personas que cotizaron en su momento y que por razones ajenas a su voluntad dejaron de hacerlo, la Teoría de la argumentación jurídica es traída a colación como elemento para interpretar y resolver aquellos problemas que constantemente asechan a los beneficiarios de la indemnización sustitutiva de pensión al momento de solicitar su reconocimiento ante las administradoras de pensiones.

Ahora, una vez analizada la normatividad y las valoraciones hechas por las Altas Cortes<sup>106</sup> sobre la institución jurídica que se estudió en los capítulos precedentes se concluye que los problemas más frecuentes frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión son los siguientes: **(i)** ¿La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible?, **(ii)** ¿Para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión la persona debe estar afiliada o tuvo que estar afiliado al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993?, **(iii)** ¿Es necesario que la persona que cotiza al sistema pensional se retire para poder reclamar la indemnización sustitutiva de pensión? y; **(iv)** ¿Es viable la posibilidad de obtener

---

<sup>103</sup> COMANDUCCI, Paolo. Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo. Ediciones Fontamara, México, 2004, página 84.

<sup>104</sup> Carrillo de la Rosa, Yesid. Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico.. Ediciones doctrina y ley, Bogotá D.C. 2009. Página 240.

<sup>105</sup> <sup>105</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Página 265.

<sup>106</sup> Entiende para este efecto, al Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

ciertos rendimientos financieros sobre el capital devuelto en la indemnización sustitutiva de pensión?

### **6.1 La imprescriptibilidad en la indemnización sustitutiva de pensión**

Desde el punto de vista de la Teoría jurídica, el tema de la imprescriptibilidad en materia de prestaciones económicas complementarias del sistema pensional puede desarrollarse de la siguiente manera:

Cuando se habla del término “*imprescriptible*”, éste hace alusión a que una persona puede reclamar un derecho en cualquier momento por lo que las características esenciales de éste perduran aun con el paso del tiempo, lo anterior implica un beneficio para quien tiene el derecho, pero *¿Cuáles derechos son imprescriptibles?*, desde la órbita constitucional todo derecho que garantice la vida digna de los seres humanos son imprescriptibles, por ende la indemnización sustitutiva de pensión al tener un carácter pensional, derivado del derecho a la seguridad social, es garantizado constitucionalmente a fin de dignificar la vida de quienes son beneficiarios; lo anterior implica que la indemnización sustitutiva sea imprescriptible, ahora *¿Quiénes son beneficiarios de la imprescriptibilidad en la indemnización sustitutiva de pensión?* Todas las personas que son beneficiarias de la indemnización sustitutiva de pensión.

Para la Corte Constitucional<sup>107</sup>, el carácter de imprescriptible de la indemnización sustitutiva de pensión se deriva directamente de los principios y los valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, constituyéndose en un instrumento para garantizar la especial protección que el Estado debe a las personas de especial protección con el propósito de garantizar unas condiciones de vida digna.

---

<sup>107</sup> Sentencia T-829 del 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.

La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible por ser un derecho que deriva de la seguridad social con carácter pensonal y que tiene su fuente en los principios (irrenunciabilidad, condición más beneficiosa, universalidad, solidaridad, favorabilidad, etc.) y en los valores constitucionales que garantizan la solidaridad que rige toda sociedad en un Estado Social de Derecho, para garantizar la vida digna de las personas.

La prestación económica complementaria es imprescriptible aun cuando en la regulación normativa no se encuentre literalmente el desarrollo de la imprescriptibilidad de dicho derecho, lo que hace necesario traer el sustento de otras normas que reglamentan situaciones paralelas (pensiones) a fin de garantizar las garantías y prerrogativas de los derechos constitucionales.

Por otro lado, frente al tema de la imprescriptibilidad en la indemnización sustitutiva de pensión, es de recibo compartir los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-155 del 2011, en donde indicó que la imprescriptibilidad opera tanto en lo relacionado con el reconocimiento del derecho y en lo atinente a la solicitud de pago del mismo, es decir que la indemnización es imprescriptible en cuanto a su derecho y en cuanto a su pago. La anterior interpretación fue determinada por la Corte, por cuanto no es lo mismo perder por prescripción las mesadas no reclamadas con ocasión de la pensión ya que la pensión continúa periódicamente por tiempo ilimitado, mientras que la indemnización sustitutiva de pensión es limitada y se reconoce por una sola vez, por lo que perder por prescripción este derecho equivale a despojarlo de la totalidad de los recursos con los que contaba el solicitante. La anterior posición, es acorde a derecho y presupone la protección y garantía de los principios de favorabilidad, de solidaridad, de irrenunciabilidad, de equidad, etc., inmersos en un Estado Social de Derecho.

Por el contrario, es equivocada la posición sentada por la Corte Suprema de Justicia – sala de casación laboral, en sentencia del 15 de mayo del 2006, con radicado 26630, en donde indicó que el término de prescripción frente al tema de la indemnización sustitutiva de pensión, presenta dos situaciones: primero, en general el término de prescripción comienza a contar, a partir de la fecha en que se resolvió el respectivo derecho por parte de la administradora de pensiones; y segundo, para el caso de la indemnización sustitutiva de pensión por sobreviviente el término de prescripción comienza a contar a partir de la fecha de la muerte del cotizante. Si bien, estas interpretaciones jurídicas son limitantes y restrictivas de derechos, violatoria de principios constitucionales (favorabilidad, solidaridad, equidad, etc.,) violatoria de las prerrogativas mínimas de un Estado Social de Derecho que propugna por el bienestar de las personas en condiciones dignas. Asumir esta posición jurídica deslegitima el derecho a la seguridad social, y desfavorece los derechos de los afiliados al sistema integral de la seguridad social en materia de pensiones, fomentan el desinterés para cotizar a pensiones e impone una carga contraria a los fines esenciales de un Estado Social de Derecho y propio de un Estado arbitrario y caprichoso.

Igualmente, es equivocada la posición de la Corte Constitucional en la Sentencia T-491 de 1992, T- 829 del 2011, T- 764 del 2004, T-972 del 2006, entre otras; al afirmar que el pago de la mesada reconocida con ocasión de la indemnización sustitución de pensión tiene un término de prescripción equivalente a un (1) año, ya que quien reclama esta prestación económica lo hace con el único interés de mejorar en lo posible su condiciones básicas de subsistencia, por ser personas de escasos recursos, pertenecientes a un grupo poblacional de especial protección (ancianos), por encontrarse en muchos casos en situaciones económicas desfavorables, bajo un estado de desmotivación por no haber alcanzado lo requerido mínimamente para obtener un mejor derecho. Lo anterior, presupone que la posición jurídica contraría los postulados constitucionales y los fines esenciales de un Estado Benefactor que procura el reconocimiento y la protección de toda persona dentro de una sociedad, igualmente deslegitima el derecho a la seguridad

social e impone cargas excesivas que rompen el esquema proteccionista del estado frente a sus coasociados.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es necesario precisar que: **(i)** la indemnización sustitutiva de pensión como *derecho* que tiene la persona que cotizó a pensiones y que no alcanzó a pensionarse, no tiene término de prescripción por lo que puede reclamarse en cualquier momento, **(ii)** la mesada única reconocida con ocasión de la indemnización sustitutiva de pensión, no tiene término de prescripción y debe ser pagado en cualquier momento por las entidades administradoras de pensiones. No verlo de esta manera, impone una carga excesiva a quien tiene el derecho de la indemnización sustitutiva de pensión, deslegitima los principios de favorabilidad, de solidaridad, del estado social de derecho, y vulnera los fines esenciales del estado colombiano promulgados en el Art. 2 de la Constitución Política.

## **6.2 Frente al requisito de la afiliación al sistema pensional de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión.**

Desde la Teoría de la argumentación, el tema de la afiliación con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 puede desarrollarse de la siguiente manera:

La normatividad positiva (Decreto 1730 del 2001), desarrollada por el legislador frente al tema de los requisitos para adquirir la indemnización sustitutiva de pensión ha sido clara, precisa y garante de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, fijando unos requisitos básicos y únicos que sean asequibles a las garantías y derechos otorgados a quienes son beneficiarios, sin que diere lugar a la formulación de nuevos requisitos derivados de interpretaciones extensivas por parte de los operadores del derecho (Jueces y servidores públicos del Estado); la norma en este sentido es tan clara que se debe aplicar su tenor literal, sin necesidad de acudir a otras fuentes del derecho para lograr las aclaraciones a que diere lugar, la norma tan sólo exige para ser beneficiario los siguientes requisitos: **(i)** tener una

edad mínima para ser beneficiario, y excepcionalmente la edad no opera cuando se trata de la indemnización sustitutiva por invalidez o sobreviviente, **(ii)** no haber cumplido con las semanas mínimas cotizadas, **(iii)** y la declaración de no poder seguir cotizando.

Por tanto, siguiendo el contexto anterior, es errada la posición que tiene la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en la Sentencia del 21 de mayo del 2010, expediente 00473, *frente al tema de la afiliación al sistema pensional*; quien exige a los solicitantes de la indemnización sustitutiva el requisito de la afiliación al sistema general de pensiones con ocasión de la Ley 100 de 1993, para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión; dicha situación es violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, desconoce la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (Art. 15 C.S. del T.), los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (Art. 53 Constitución Política), 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 (Art. 46 ibidem).

Ahora, la posición jurídica de la Corte Constitucional en las Sentencias T- 972 del 2006, T- 1088 del 2007, T- 180 del 2009, T- 525 del 2009, T- 529 del 2009 y T-849<sup>a</sup> del 2009, ***frente al mismo tema*** es la más ajustada, por cuanto su posición está encaminada a precisar con claridad que: *(“) no es un requisito que el solicitante de la indemnización sustitutiva haya estado afiliado al sistema pensional con posterioridad a la Ley 100 de 1993, así como tampoco es requisito que el solicitante de la indemnización sustitutiva se encuentre en actualidad afiliado al sistema pensional de la Ley 100 de 1993; sólo basta con que haya laborado en el sector público o privado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad (“)*. Las líneas precedentes, confirman que no es una obligación para la persona estar afiliada o que haya tenido que estar afiliada al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión.

Finalmente frente al tema bajo estudio, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre del 2006 indicó:

*(“) una cosa es que la persona que contaba a su favor con 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 ex trabajadores 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, el literal f que consagra lo siguiente: “Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas 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. (“)*

Lo anterior implica la configuración de dos posiciones disimiles por parte de las altas cortes (*Corte Constitucional, Consejo de Estado Vs. Corte Suprema de Justicia*) que genera inseguridad jurídica e imprecisión al momento de aplicar las reglas preestablecidas para la indemnización sustitutiva de pensión, lo que presupone la necesidad de identificar y aplicar la mejor interpretación al caso concreto, y que a la luz de la Teoría de la argumentación jurídica es la indicada por la Corte Constitucional, a saberse: (“) *la que el legislador no exigió un presupuesto adicional para el reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio de pensiones, esta posición jurídica es la que más se acerca y desarrolla los fines esenciales de un Estado Social de Derecho* (“); asumir una posición contraria **(i)** sería atentar contra los postulados constitucionales como la igualdad, la irrenunciabilidad de los

derechos ciertos e indiscutibles, la favorabilidad, la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad; **(ii)** establecer un trato diferenciado, una discriminación no razonable, ni equitativa, **(iii)** afectar derechos de las personas que ostentan una especial protección como los ancianos y **(iv)** configurar un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad administradora a la que se efectuó los aportes.

### **6.3 Frente al requisito de que la persona deba retirarse del sistema de pensiones o dejar de cotizar para poder reclamar la indemnización sustitutiva de pensión.**

Para la Teoría de la argumentación, el tema de que el afiliado deba retirarse del sistema de pensiones para poder reclamar la indemnización sustitutiva de pensión puede desarrollarse de la siguiente manera:

Primero, debe dejarse claro que los requisitos exigidos por el legislador en el Decreto 1730 del 2001 y en sus normas posteriores, para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión, se limitó tan sólo a tres aspectos **(i) tener una edad mínima para ser beneficiaria, y excepcionalmente la edad no opera cuando se trata de la indemnización sustitutiva por invalidez o sobreviviente, (ii) no haber cumplido con las semanas mínimas cotizadas, (iii) y la declaración de no poder seguir cotizando;** ahora, no puede venir el intérprete a suponer nuevos requisitos que limitan el reconocimiento de esta prestación económica porque iría en contra de los postulados constitucionales e impone un trato diferenciado a un grupo poblacional (*personas de la tercera edad*) que constitucionalmente está protegido por sus especiales circunstancias.

Segundo, es acertada la posición jurídica que tiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-375 del 2004 en donde indicó frente al tema en discusión:

*(“) el afiliado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones. (“)*

La anterior interpretación hecha por la Corte Constitucional garantiza el respeto por los derechos de las personas que cotizaron a pensiones, promueve la prosperidad de un grupo poblacional de especial protección, garantiza la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Por otro lado, disiento de la interpretación hecha por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia 168 del 2002, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, en donde indicó que:

*“Si el afiliado actualmente se encuentra en servicio éste 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”.*

La antedicho deslegitima el respeto por los derechos de las personas que cotizaron a pensiones, atenta contra los derechos de las personas de especial protección (personas de la tercera edad) e impone cargas excesivas que el legislador no determino, trasgrede el contenido esencial de los principios constitucionales como la favorabilidad, la irrenunciabilidad de los derechos, la solidaridad y deslegitima los fines esenciales del estado frente a las personas, establece un trato diferenciado, una discriminación no razonable, ni equitativa, y configurar un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad administradora a la que se efectuó los aportes.

Finalmente, desde la perspectiva de la Teoría de la argumentación, es preciso indicar que el legislador no contemplo un requisito adicional para ser beneficiario de

la indemnización sustitutiva de pensión y por tanto no puede el intérprete de la Ley suponer requisitos que restrinjan su reconocimiento, lo anterior implica que no es una obligación que la persona debe estar retirada del sistema pensional para reclamar su derecho a la indemnización sustitutiva, pues es una facultad que tiene el afiliado en seguir cotizando a pensiones o reclamar su derecho; ahora, puede el afiliado reclamar su derecho por cumplir los requisitos y posteriormente seguir cotizando para luego solicitar que le cancelen la fracción de dichos aportes; esto es posible en la medida en que el afiliado tiene la obligación de cotizar al sistema general de pensiones, pero una vez cumplidos los requisitos para reclamar la indemnización sustitutiva puede solicitarlo en cualquier momento y las veces que sea necesario. Esta interpretación garantiza el respeto de los derechos de las personas de especial protección constitucional, legitima la concepción de estado social de derecho, propende por la garantía de los derechos constitucionales, garantiza la legitimidad de la Ley y respeta la fijación del precedente constitucional.

#### **6.4 Inviabilidad de los rendimientos financieros sobre el capital reintegrado con ocasión del reconocimiento a la indemnización sustitutiva de pensión.**

Desde la Teoría de la argumentación, el tema de los rendimientos financieros sobre el capital reintegrado con ocasión del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión no es procedente, por las siguientes razones:

El legislador dentro de sus facultades constitucionales, determinó que el capital reintegrado con ocasión de la indemnización sustitutiva tenía que seguir los lineamientos de la fórmula determinada por el Artículo 3 del decreto 1730 del 2001, lo que implica que no se reconocerá rendimientos financieros, y aquellos bonos que sean provenientes de los fondos privados, ingresaran al fondo público para coadyuvar al financiamiento de las pensiones, éstos bonos sufren una

transformación para quienes inicialmente eran beneficiarios a título personal y su reconocimiento esta precedido de la liquidación que trata el decreto 1730 del 2001. Lo anterior obedece a la aplicación del principio de la solidaridad en el sistema general de pensiones, en donde prima el interés general sobre el particular.

Si bien, todo capital genera un rendimiento en una economía de mercado, esto no sucede con los aportes que se realizan al sistema de seguridad social en pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que el propósito de dichos aportes es alcanzar unos estándares mínimos de calidad promulgado por la Constitución que garanticen la dignidad de las personas en los estadios más delicados de la vida de todo ser humano (la vejez, la invalidez). Aquí la persona de manera obligatoria deposita un aporte mínimo mensual al sistema general de pensiones para subsidiar el propósito trazado por la constitución y al cumplimiento de dichos requisitos el aportante tendrá derecho al beneficio otorgado por el constituyente.

Interpretarlo de otra manera, sería trasgredir el contenido esencial del principio constitucional de la solidaridad, y deslegitimaría los fines esenciales del estado a saber, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Lo antedicho, demuestra que las reglas formuladas por ALEXY, permiten establecer las condiciones de razonabilidad del proceso discursivo en el ámbito de las decisiones administrativas y judiciales, permitiendo plantear soluciones a los problemas práctico – jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional.

Ahora, para lograr una argumentación racional, ALEXY señaló que las valoraciones deben ser objetivadas tal y como se demostró al momento de discutir los problemas prácticos de la indemnización sustitutiva de pensión, en donde muy a pesar de existir valoraciones por parte de las altas cortes, las mismas no se ajustaban a la

argumentación racional y objetivada, dejando entrever las debilidades en que se cimenta cada argumento.

Finalmente y de manera conclusiva para los propósitos de este capítulo es preciso indicar por un lado, que es posible el cierre definitivo de la discusión que tienen los altos tribunales frente a los problemas de interpretación en relación con la indemnización sustitutiva de pensión, siguiendo los parámetros y las reglas que fijó la Teoría de la Argumentación Jurídica; y por otro lado, es preponderante señalar que el discurso planteado por ROBERT ALEXY, puede convertirse en la herramienta que tiene todo operador del derecho para superar los problemas de interpretación que pudiere llegarse a presentar en la aplicación de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión.

## 7. CONCLUSIONES

Esta investigación pretendió **(i)** brindar una amplia descripción sobre la indemnización sustitución de pensión en Colombia desde una perspectiva nacional; **(ii)** otorgar a los afiliados del sistema general de pensiones una herramienta hermenéutica que pueda ser utilizada cuando existan casos aún sin resolver; **(iii)** recopilar en un solo texto todos los precedentes jurisprudenciales que se han proferido hasta la actualidad, todas las disposiciones normativas y en general todos cimientos cognoscitivos en los que se apoya la indemnización de pensión. Todo con el propósito de responder al cuestionamiento realizado por muchos de los afiliados al sistema pensional *¿Tendré derecho a que me regresen los aportes que algún día realice al sistema pensional y bajo que parámetros?*

Con base en los estudios realizados en el primer capítulo de esta investigación se pudo demostrar que era posible la integración de los principios propios del derecho laboral y de la seguridad social en el desarrollo y solución de los supuestos facticos a los que se enfrentan a diario los operadores del derecho (*Funcionarios de los entes administradores de pensiones*) cuando existen verdaderos motivos de duda que el legislador en su momento no vislumbró, o que habiendo fijado unos parámetros por él éstos no quedaron claros para la concreción de los supuestos facticos en materia de prestaciones económicas suplementarias como la *indemnización sustitutiva de pensión*, por ende estas reflexiones ayudaran a dar un mayor entendimiento a esta institución jurídica, propiciando en eventualidades futuras la aplicación directa de éstos principios.

Igualmente en el primer capítulo de esta investigación se constató que el constituyente dejó una serie de normas abiertas (principios) con las que doto al sistema de múltiples soluciones para cada caso concreto, cerrando la discusión frente a la posible arbitrariedad de los operadores del derecho (Jueces), por ello la tarea más delicada por parte de éstos, será en ultimas la aplicación razonable, en

lo posible mediante un juicio de proporcionalidad de estas herramientas (principios) en la solución de los diversos casos que se pudieren llegar a suscitar y que son de aplicación directa y obligatoria para los funcionarios de las diferentes administradores de pensiones, tanto del sector privado como del sector público.

Seguidamente, en el segundo capítulo de esta investigación se pudo constatar la relación conceptual que tiene la seguridad social en el contexto de la indemnización sustitutiva de pensión, que a pesar de concebirse como una prestación económica complementaria dentro del sistema pensional, tiene su grado de importancia para aquellas personas que pueden hacer uso y disfrute de ésta, ya sea para remediar y/o superar una etapa difícil en sus vidas, o cuando menos para mitigar la pobreza en la que pueden estar inmersas estas personas. Por ello en este punto se insiste en que es lo mínimo que debe garantizar el Estado a aquellas personas que no alcanzaron a reunir los requisitos para obtener un beneficio mayor como el derecho a la pensión en cualquiera de sus modalidades, por lo que con esto se puede evidenciar la inclusión social a la que alude la Corte Constitucional y los Tratados Internacionales que desarrollan el tema.

Con sano criterio, el tercer capítulo de esta investigación logró precisar que la indemnización sustitutiva de pensión no es un simple beneficio otorgado por el legislador en un periodo determinado, sino que es un derecho inherente que tiene toda persona que hace parte del sistema pensional, y su reconocimiento está determinado por el esfuerzo que el afiliado realizó durante toda su vida productiva y que por cuestión ajenas a su voluntad no pudo lograr un mejor derecho como *la pensión*.

Igualmente con el hecho de recolectar toda la información en un sólo texto, se logró agilizar la labor del operador del derecho al momento de tomar una decisión respecto de esta institución jurídica cuando esté sometido a su competencia.

Por otro lado, se evidenció las diferentes interpretaciones (valoraciones) que han brindado a esta institución jurídica los máximos órganos jurisdiccionales, llegando a desenlaces no satisfactorios, pues no existe unanimidad en sus posiciones, lo cual generan inseguridades jurídicas para los afiliados del sistema pensional; por ello es obligatorio concluir frente a este ítems que la posición dominante depende del camino jurídico que escoja el solicitante, si decide resolver el conflicto de intereses mediante la jurisdicción ordinaria o por el contrario escoger la jurisdicción constitucional.

De igual modo, en el cuarto capítulo de esta investigación en la modalidad de profundización, se lograron dos situaciones trascendentales relacionadas con el componente hermenéutico; por un lado, se demostró que existe la posibilidad del cierre definitivo de la discusión que tienen los altos tribunales frente a los problemas de interpretación en relación con la indemnización sustitutiva de pensión, siguiendo los parámetros y las reglas que fijó la Teoría de la Argumentación Jurídica propuesta por ALEXY; y por otro lado, señaló que el discurso planteado por ROBERT ALEXY, puede convertirse en la herramienta que tiene todo operador del derecho para superar los problemas de interpretación que pudiere llegarse a presentar en la aplicación de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión.

Como quiera que sea, esta investigación logró un acercamiento teórico - práctico de esta prestación económica complementaria para con los afiliados al sistema pensional.

Igualmente, esta investigación dotó de herramientas hermenéuticas al operador del derecho para que puedan ser utilizadas al momento en que se resuelvan algunas de las diversas situaciones fácticas relacionadas con la indemnización sustitutiva de pensión.

En consecuencia, esta investigación de profundización además de todo lo anterior determinó con claridad los problemas jurídicos de interpretación aun no resueltos,

como es el caso de: **(i)** ¿La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible?, **(ii)** ¿Para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión la persona debe estar afiliada o tuvo que estar afiliado al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993?, **(iii)** ¿Es necesario que la persona que cotiza al sistema pensional se retire del sistema pensional para poder reclamar la indemnización sustitutiva de pensión? y; **(iv)** ¿Es viable la posibilidad de obtener ciertos rendimientos financieros sobre el capital devuelto en la indemnización sustitutiva de pensión? Pero, no solo determinó los problemas jurídicos inmersos en esta institución jurídica, sino que se planteó herramientas hermenéuticas como es el caso de la aplicación de la Teoría de la Argumentación Jurídica de ROBERT ALEXY, para resolver esas diversas posiciones.

Finalmente, a medida en que sigan surgiendo nuevas situaciones fácticas, el espectro de regulación de la indemnización sustitutiva de pensión tiende a ser más amplio, por lo que la presente investigación será más útil para continuar con el desarrollo sistemático de esta institución jurídica, que hoy por hoy adquiere relevancia en la medida en que es mayor el número de personas que no alcanzaron a pensionarse que las que lograron este objetivo trazado por el legislador.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

ABEL NARANJO VILLEGAS. *Filosofía del Derecho*. Bogotá. Temis. 1990.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. El derecho y la Justicia. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel. “*Las razones del derecho*”. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.

ANIF, ASOFONDOS Y GOBIERNO NACIONAL, En: “*Foro sobre pensiones*”. Bogotá. 2012.

BARONA BETANCOURT, Ricardo, en su publicación “*Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano*”, Revista Criterio Jurídico Garantista, 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. Editorial Distribuciones Fontamara. México, 2003.

CARACCIOLO, Ricardo Alberto. “*Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva*”. En: Revista Doxa, 1987.

CALVO LEÓN, Jorge Iván. “*Principios de la seguridad social*”. 1998.

CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. “*Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*”. Ediciones doctrina y ley, Bogotá D.C. 2009.

CHEVALLIER, Jacques. *“La noción de necesidad en Aristóteles y sus predecesores”* (1915).

COMANDUCCI, Paolo. Razonamiento Jurídico. *“Elementos para un modelo”*. Ediciones Fontamara, México, 2004.

DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 2ª Ed. Porrúa. México.1943.

ESCOBAR ENRIQUEZ, Francisco. Los principios del derecho laboral en la Nueva Constitución. En: Revista Actualidad laboral. No. 48. Bogotá D.C. Legis. Noviembre – diciembre de 1991.p. 12

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Santa Fe de Bogotá. ; Leyer, 1999. p. 31.

GIMÉNEZ DÍEZ, Picazo. *“Sistema de derechos fundamentales”* Civitas, Madrid (2ª edición, 2005).

HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Fabián Ignacio, "Derecho laboral". Apuntes del Diplomado de Derecho Laboral, Instituto de Posgrados Forum, Universidad de La Sabana, 2011.

HERRERA ROBLES, Aleksey. *“Aspectos generales de derecho administrativo colombiano”*, Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2006.

LÓPEZ GUERRA Y MIGUEL SATRÚSTEGUI. “Derecho constitucional - el ordenamiento constitucional derechos y deberes”. Volumen. I. 2010

LÓPEZ MEDINA, Diego. “El derecho de los jueces – *Obligatoriedad del precedente constitucional*”. Editorial Legis. Colombia, 2006.

NACIONES UNIDAS. “*Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*”. 2004.

NARANJO VILLEGAS, Abel. “*Filosofía del Derecho*”. Bogotá. Temis. 1990.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

PLATA MONTAÑA, Alberto. “*El concepto de servicio público en el derecho administrativo*”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 2ª ed. Buenos Aires; Depalma. 1978.

PRADO, Juan José y GARCIA MARTINEZ, Roberto. Instituciones de Derecho Privado. Buenos Aires: Eudeba, 1986 .p.31.

QUINCHE, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Doctrina y Ley. Bogotá, 2010 (Cuatro edición).

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 179.

COLOMBIA. GACETA CONSTITUCIONAL N° 116. “*Constitución Política de Colombia*”. Bogotá. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. “*Sistema General de Seguridad Social Integral*”. Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

\_\_\_\_\_. Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial No. 27.622 del 07 de junio de 1951.

\_\_\_\_\_. Ley 797. “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”. En: Diario Oficial No. 45079 - 29 enero de 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto 4640. “*Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001*”. En: Diario Oficial 46130 de diciembre 22 de 2005.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala de Revisión. Sentencia del 05 de noviembre de 2009. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Sentencia Número T-798).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 14 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández (Sentencia Número T-107).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 01 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz (Sentencia Número C-083).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 22 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muños (Sentencia Número T-518).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger (Sentencia Número C-1547).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 09 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (Sentencia Número SU-837).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia de 2006. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis (Sentencia Número T-084).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 26 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil (Sentencia Número T-520).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 24 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo (Sentencia Número T-540).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 14 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto (Sentencia Número T-1003).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 29 de junio de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil (Sentencia Número C-623).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara (Sentencia Número SU-039).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 04 de agosto de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero (Sentencia Número SU-562).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (Sentencia Número T-746).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 29 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil (Sentencia Número C-624).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla (Sentencia Número T-334).

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión. Sentencia del 22 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Jairo Araujo Rentería (Sentencia Número T-123).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión Constitucional. Sentencia del 27 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa (Sentencia Número C-023).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia del 25 de octubre de 1915. Magistrado Ponente: Gnecco Laborde (Gaceta Judicial N° 1380).

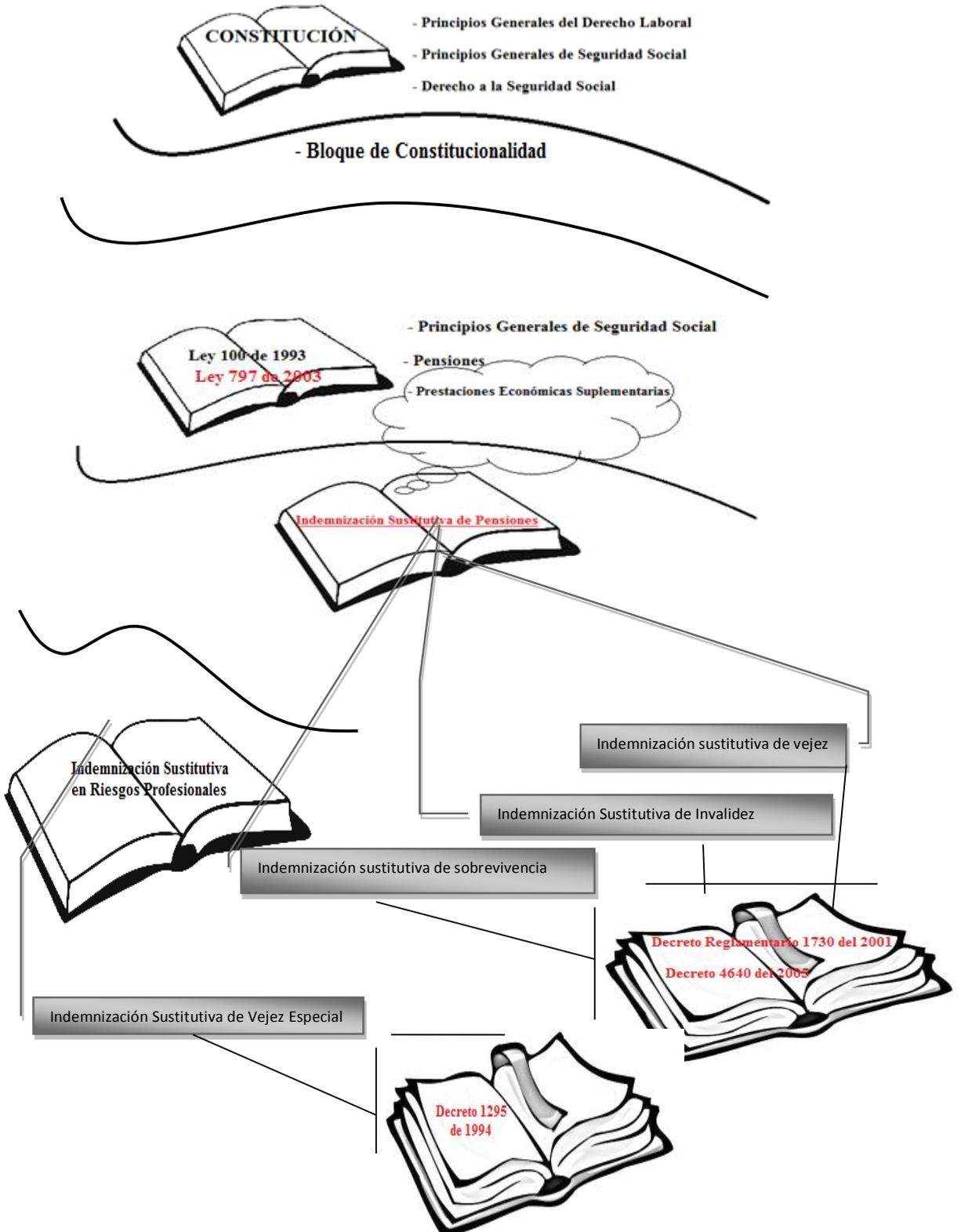
\_\_\_\_\_. Sala de decisión. Sentencia del 18 de octubre de 1937. Magistrado Ponente: Pedro Alejandro Rodríguez (Gaceta Judicial N° 1298).

\_\_\_\_\_. Sala de decisión. Sentencia del 28 de febrero de 1946. Magistrado Ponente: Aníbal Cardoso Gaitán (Gaceta Judicial N° 2029).

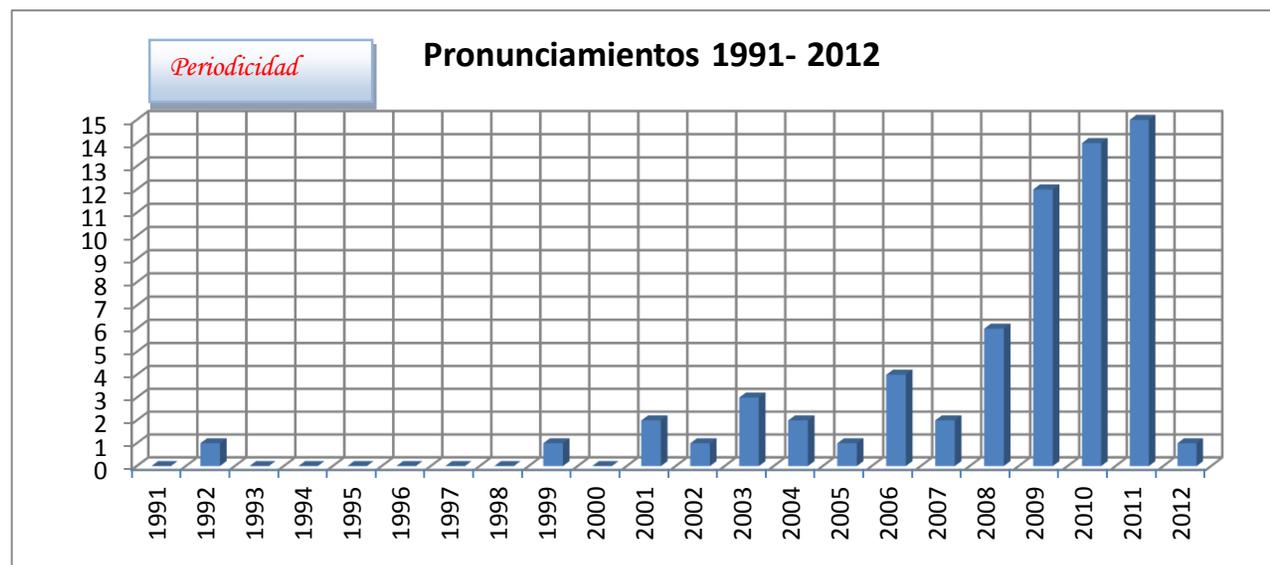
\_\_\_\_\_. Sala decisión. Sentencia del 11 de diciembre de 1961. Magistrado Ponente: Enrique López de Pava (Gaceta Judicial N° 2246).

## 9. ANEXOS

### Anexo A. Panorama General de la Indemnización Sustitutiva de Pensión desde 1991



## Anexo B. Providencias de la Corte Constitucional frente a la Indemnización Sustitutiva de Pensión



	Fecha de sentencia	Sentencia	Ponente	Accionante/ accionado	Escenario constitucional	Decisión	Reglas jurisprudenciales.
1	13 de Agosto de 1992	T- 491 de 1992.	Eduardo Cifuentes Muñoz	Rosalba Duque Urrego contra el ISS	Derecho a la igualdad de trato en la aplicación de la Ley frente a la indemnización sustitutiva de	Tutelo.	- El Art. 14 del Acuerdo 049 de 1990, consagró como requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que: <b>1.-</b> No hayan transcurrido más de diez (10) años entre la última cotización acreditada y el cumplimiento de la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión de vejez, ( <i>Término</i>

					pensión de vejez.		<p><i>de prescripción</i>) y 2.- Que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.</p> <p>- El Art. 50 del Acuerdo 049 de 1990, consagra <b>1 año</b> como término de prescripción para las demás prestaciones.</p> <p>- No puede aplicársele a una situación fáctica un término de prescripción diferente (<b>1 año</b>) al que el legislador le otorgo a la indemnización sustitutiva de pensión (<b>10 años</b>).</p>
2	Octubre 21 de 1999	T- 827 de 1999	Alejandro Martínez Caballero	Olga Orozco contra el ISS	El derecho a la seguridad social frente a las pensiones.	Tutelo.	<p>- Cuando se cumple con los aportes necesarios y los requisitos legales para obtener una pensión por vejez, el ISS ó las cajas y fondos públicos no pueden devolver unilateralmente estas cotizaciones puesto que es violatorio de la buena fe y un irrespeto al acto propio.</p> <p>- Se configura una vía de hecho cuando el ISS en sus actos administrativos incurre en una violación ostensible y grave de la normatividad constitucional y legal.</p> <p>- La vida probable es un factor preponderante para indicar la procedibilidad de la acción de tutela en asuntos referentes a pensiones por vejez.</p>
3	Marzo 7 de 2001	C-262 del 2001	Jaime Araujo Renteria	Demanda de inconstitucionalidad de Liz	El derecho a la seguridad social frente a	Exequible con interpretación condicionada.	- La Corte señaló que las figuras de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos, no pueden asimilarse dado que cumplen finalidades distintas. Por un lado, La finalidad de la

				<p>Dayana Arias contra el Art.17 (parcial) de la Ley 549 de 1999.</p>	<p>la expedición de los bonos pensionales.</p>	<p>indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación. <b>(Art. 14 del Acuerdo 049 de 1990 y el Art. 37 de la Ley 100 de 1993)</b>. Por otro lado, la finalidad de la devolución de aportes es devolverle al afiliado los saldos junto a sus respectivos rendimientos hechos al fondo y a si mismo los bonos pensionales si los hubiere, por no cumplir con los requisitos exigidos para ser beneficiario de la pensión.<b>(Art. 66 de la Ley 100 de 1993)</b></p> <p><b>- OBITER DICTA:</b> Según el Acuerdo 049 de 1990 las personas que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, reclamaron la indemnización sustitutiva de pensiones presentaba las siguientes características <b>(Art. 14)</b>: 1.- Era prescriptible, el afiliado tenía (10 años) para solicitar la prestación, que se contaba entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez. 2.- Exigía un mínimo de semanas cotizadas (100) para que el afiliado se hiciera acreedor de la prestación económica. 3.- La persona que reclamara la indemnización sustitutiva de pensión no podrían ser inscritas nuevamente en el sistema de pensiones, 4.- Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización sustitutiva de pensión, no se computaban para la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988.</p>
--	--	--	--	---	--	---

							<p>- Los aportes que no se incluyan en un bono pensional o aquellos aportes en los que no proceda la expedición del bono, es decir <u>cotizaciones extras</u> hechas por los ex servidores públicos, deben entregarse a quien <u>reconoció la pensión</u> en el régimen de prima media con prestación definida (ISS, Cajas o fondos públicos) y no al trabajador que las hubiera hecho, en razón de que éstos son recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública destinado sólo al cubrimiento pensional de los afiliados y a su vez garantizar la subsidiaridad del Sistema General de pensiones.</p>
4	16 de Agosto de 2001	T-881 del 2001	Eduardo Montealegre e Lynett	Marco Aurelio Castro Salgado contra el ISS.	El derecho de petición, a la seguridad social, al mínimo vital frente a la pensión por invalidez y a la indemnización sustitutiva de pensión.	Confirmando la decisión de segunda instancia en el que se reconoció la pensión por invalidez.	<p>- El derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "<i>el derecho irrenunciable a la seguridad social.</i>"</p>
5	2 de Agosto del 2002	T- 609 del 2002	Rodrigo Escobar Gil	Julián Álzate Cardona contra el ISS y Tolimotos Ltda.	El derecho al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud frente a	Confirmando la decisión de segunda instancia por existir carencia	<p>- El derecho al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y su <u>sucedáneo( Indemnización Sustitutiva de Pensión por invalidez)</u>, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por</p>

					la pensión por invalidez.	actual del objeto.	cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes " <i>el derecho irrenunciable a la seguridad social.</i> "
6	Febrero 6 de 2003	T-081 del 2003	Marco Gerardo Monroy Cabra	Etelvina Gutiérrez de Celis contra el <u>ISS</u>	El derecho a la seguridad social frente a las pensiones y a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se configura una vía de hecho cuando el ISS en sus actos administrativos no decide conforme al material probatorio anexo al expediente.</li> <li>- Cuando coexisten los requisitos legales, una entidad administradora no puede cambiar una pensión a sus afiliados por una indemnización sustitutiva de pensión.</li> <li>- <b>Los valores otorgados por el ISS como indemnización sustitutiva de pensión en los casos en los que los afiliados tienen derecho a una pensión, por cumplir los requisitos legales deberán ser devueltos por los mismos (afiliados) a la entidad administradora.</b></li> </ul>
7	29 Julio del 2003	C-624 del 2003	Rodrigo Escobar Gil.	Demanda de inconstitucionalidad de Johana Margarita Molina Ortiz contra el Art. 36 de la Ley 90 de 1946.	Imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva de pensión.	Inhibida para pronunciarse de fondo sobre la imprescriptibilidad o prescriptibilidad de la indemnización	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El cargo de la demanda se sintetiza en que es inconstitucional someter a la <b>indemnización sustitutiva</b> a un plazo extintivo del tiempo, ya que se trata de un <b>derecho suplementario del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de naturaleza irrenunciable</b> y, por ende, <b>de alcance imprescriptible.</b></li> <li>- En primer lugar, la norma demandada se refiere a la prescripción de la acción para el reconocimiento de la <b>pensión</b></li> </ul>

					<p>sustitutiva por inepta demanda.</p> <p>(4 años) y, en segundo término, plantea que la acción para el reconocimiento de las <b>demás prestaciones</b> y el derecho a cobrar cualquier <b>subsidio o pensión</b> ya reconocidas prescriben en un (1) año. Luego, por una parte, el precepto legal acusado se limita a establecer un término de prescripción para el reconocimiento de la pensión y, por otra, señala un plazo extintivo para la reclamación de las mesadas pensionales y para el reconocimiento de las demás prestaciones.</p> <p>- Surge entonces como interrogante: <b>¿Cuáles son las demás prestaciones que se sujetan al plazo extintivo de un (1) año previsto en la norma acusada o, en otras palabras, forma la indemnización sustitutiva parte de dichas prestaciones?</b> De conformidad con la Ley 90 de 1946, las <b>demás prestaciones</b> que se someten a dicha prescripción son las siguientes, a saber: (i) prestaciones por enfermedad y maternidad; (ii) subsidio diario por incapacidad para trabajar; (iii) indemnizaciones por accidentes y enfermedades de trabajo y; (iv) auxilio funerario (<b>Ley 90 de 1946. Capítulo IV. Riesgos y prestaciones</b>). En esta medida, nótese que la disposición acusada ni regula el término de prescripción para la reclamación de la indemnización sustitutiva, ni tampoco establece su imprescriptibilidad; de suerte que, en este aspecto, el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que no recae sobre una proposición jurídica real y existente.</p>
--	--	--	--	--	--

8	23 Octubre del 2003	T-981 del 2003	Eduardo Montealegr e Linett	Francia Elena de Ávila Ramos contra CAJANAL.	Derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensiones y la devolución de saldos se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “<i>compensación</i>” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho suplementario dentro del Sistema General de Pensiones.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión jurisprudencialmente ha sido definida como aquel derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, para reclamar - en sustitución de dicha pensión - una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas. <b>(C- 624 del 2003)</b></p> <p>- Clases de indemnización sustitutiva: <b>a.-</b> De vejez (Art. 37 de la Ley 100 de 1993, derogado por el literal p del Art. 2 de la Ley 797 del 2003, “<i>mantiene la misma estructura desde 1966</i>”), <b>b.-</b> Por invalidez (Art. 45 de la Ley 100 de 1993 “<i>Es una nueva figura que consagra la Ley 100</i>”); <b>c.-</b> De sobreviviente (Art. 49 de la Ley 100 de 1993, derogado por el Art. 12 de la Ley 797 de 2003 “<i>mantiene la misma estructura desde 1966</i>”)</p>
---	---------------------------	-------------------	-----------------------------------	---	--	---------	---

							<p>- El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento. <b>(T-588 del 2003</b> “Interpretación del Art 4 de la Ley 700 del 2001”)</p>
9	27 de Abril del 2004	C- 375 del 2004	Eduardo Montealegre Linett.	Demanda de inconstitucionalidad de Arturo Daniel López contra el Literal P del Art. 2 de la Ley 797 del 2003.	Derecho a la igualdad frente la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos.	Exequible con interpretación condicionada.	<p>- Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados. <i>(Literal p del art 2 de la Ley 797 del 2003)</i>; Lo anterior significa que el afiliado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. <i>Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones.</i> Por otro lado, la norma demandada no difiere una <b>justa causa</b> para dar por terminada la relación laboral a un trabajador, es decir, los empleados que han alcanzado la edad legal de pensión, pero</p>

							no el monto de semanas cotizadas, no pueden ser desvinculados de sus trabajos bajo el argumento de que el literal p, del art. 2° de la ley 797 de 2003 así lo prescribe.
1 0	06 de Agosto del 2004	T- 746 del 2004	Manuel José Cepeda Espinosa.	Ana Mary Bolívar de Vallecilla contra el ISS.	Derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, caracterizado éste por ser inminente, grave y urgente, por ello las medidas que se adopten deben ser impostergables a fin de que este instrumento restablezca el derecho en toda su integridad. <i>Ahora si el perjuicio irremediable se sustenta bajo la vulneración del derecho al mínimo vital por regla general quien lo alega debe probarlo así sea sumariamente y sólo excepcionalmente se presume su afectación.</i></p> <p>- Se ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio</p>

						<p>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a las personas que no lograron acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión (Vejez, invalidez o sobreviviente), para reclamar en sustitución de dicha pensión una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas. <b>(C- 624 del 2003)</b></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>, dada su naturaleza de derecho pensional, por lo tanto puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento por las personas legitimadas para ello (el cotizante; a falta del cotizante sus herederos y/o el cónyuge o compañero permanente).</p> <p>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción (1 año) desde el momento en que ha sido reconocida <b>(Art. 18 de la Ley 776 del 2002)</b>, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p> <p>- <b>Por regla general</b>, el término para reclamar la indemnización sustitutiva <b>después</b> de haber sido reconocida por parte de la administradora de pensiones debe comenzar a correr desde la notificación del acto administrativo, siendo una obligación para la administradora de pensiones agotar los procedimientos administrativos y presupuestales necesarios para poner a</p>
--	--	--	--	--	--	--

							disposición el dinero reconocido dentro del mismo acto al beneficiario. Ahora si no fuere así el término de prescripción comenzará a correr desde el momento en que el ente administrador agote los procedimientos administrativos y presupuestales y no desde la notificación del acto al beneficiario ( <i>Regla excepcional</i> ). Por otro lado, es importante tener en cuenta que si surgen anomalías en el pago de los dineros reconocidos en el acto administrativo, el beneficiario deberá realizar ciertos trámites administrativos (derechos de petición, solicitudes informales) ó judiciales (tutela) que interrumpan el término de prescripción y se logre la efectivización del derecho a la indemnización sustitutiva de pensión.
1 1	20 Enero del 2005	T- 025 del 2005	Marco Gerardo Monroy Cabra	Darío Palacio Zuluaga contra el Banco Central hipotecario en liquidación.	Derecho a la vida en condiciones dignas y el derecho a la salud frente a la indemnización sustitutiva de pensión y las pensiones.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aplicación del test de proporcionalidad y racionalidad en el caso concreto.</li> <li>- Cuando un tercero (Persona natural o Jurídica) que fue condenado mediante sentencia al pago de una pensión vitalicia de jubilación, pretenda subrogar total o parcialmente esta obligación pensional cotizando a un fondo administrador de pensiones, no puede el afiliado solicitar sin autorización del tercero el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión. (Caso especial).</li> <li>- Puede existir subrogación (<i>trasladar</i>) total o parcial en la obligación pensional por parte de una entidad (Privada) que fue condenada judicialmente (Sentencia) al pago de una pensión</li> </ul>

							<p>vitalicia, siempre y cuando se compruebe la aceptación del pago (<i>Asunción</i>) por parte de la otra entidad (Pública) administradora de pensiones.</p> <p>- No se puede de manera unilateral suspender una pensión vitalicia de jubilación reconocida mediante fallo judicial a una persona especial protección por el Estado (Anciano) con el pretexto de que <i>“no se puede sufragar al mismo tiempo la indemnización sustitutiva de pensión con la pensión de jubilación”</i>, si bien es cierto dicha afirmación es válida legalmente la misma no lo es constitucionalmente, este argumento no puede tomarse como valido sin hacer un juicio de proporcionalidad en el que se confirme que la decisión tomada sea estrictamente necesaria y completamente justificada.</p>
1 2	Agosto 31 de 2006	T-750 de 2006	Clara Inés Vargas Hernández.	Abelardo Sanabria contra el ISS y ECOPETROL.	El derecho a la seguridad social y el mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La acción de tutela es un mecanismo excepcional para solicitar el pago de acreencias pensionales en personas de la tercera edad.</p> <p>- Por medio de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos se reconoce una auténtica <i>acreencia</i> que le permite al cotizante <i>“recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”</i></p> <p>- No es una razón jurídicamente valida negar la indemnización sustitutiva sobre la base de que el Consejo de Estado había</p>

							<p>suspendido provisionalmente la norma que soportaba su otorgamiento.</p> <p>- La entidad encargada de realizar el pago de la indemnización sustitutiva de pensión está en cabeza de la última administradora de pensiones a la que estuvo la persona afiliada, o la última entidad pública o privada a la que estuvo laborando, con la posibilidad de que esta última recobre a las demás entidades la cuota parte que corresponda.</p>
1 3	23 de Noviembre del 2006.	T- 967 del 2006	Marco Gerardo Monroy Cabra.	Hermes Arnulfo Rivera Fajardo contra el ISS.	Derecho a la vida, al mínimo vital, al debido proceso frente a la indemnización sustitutiva de pensión. <b>(Reliquidación)</b>	No tutelo por falta de pruebas en la vulneración de los derechos se predicen vulnerados.	<p>- Para obtener la reliquidación de pensiones o <b>de prestaciones económicas suplementarias</b> por vía de tutela es indispensable demostrar la afectación de los derechos fundamentales, tales como el mínimo vital, la salud en conexidad con los derechos a la vida e integridad física del solicitante, de tal forma que se logre acreditar que el hecho de someter a la persona a los trámites de un proceso judicial no sólo resulta gravoso sino desproporcionado porque el medio judicial ordinario no es eficaz ni expedito para proteger de manera inmediata dichos derechos. <b>(T- 482 del 2001; T- 1752 del 2000; T- 634 del 2002)</b></p> <p>- A pesar de que, entre otras, la avanzada edad o la enfermedad grave del peticionario resultan importantes indicios en la valoración judicial para autorizar la intervención excepcional del Juez de tutela, esas condiciones no constituyen por sí mismas razones suficientes para definir la procedencia de la acción de</p>

							<p>tutela en estos casos. Por lo tanto, el accionante debe probar que solicitó a la entidad demandada el reconocimiento o reliquidación de la pensión, debe probar la enfermedad que padece, la edad que tiene y los gastos que sufraga para que sus hechos sean valorados en aras de salvaguardar los derechos fundamentales mediante la acción de tutela de manera transitoria o principal.</p>
1 4	23 Noviembre del 2006	T-972 del 2006	Rodrigo Escobar Gil	Luis Felipe Murcia Páez contra CAJANAL	Derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p><u>- La seguridad social es un derecho fundamental que tiene el carácter progresivo y programático, lo que le impone al Estado su materialización, con fundamento en los principios de Universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación, para lo cual debe desplegar una actividad de garantía con forme a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.</u></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.</p> <p>- El hecho de la consagración de la indemnización sustitutiva no comporta la violación al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido de que la persona que llegue a la edad de pensión de vejez sin las semanas requeridas, no tiene la carga de aceptar la indemnización, ni la obligación de continuar trabajando, sino que libremente puede optar por cualquiera de las dos alternativas.</p>

						<p>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p> <p>- El ámbito de aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión esta dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación. Por tanto, el beneficio de la indemnización sustitutiva puede otorgársele a aquellas personas que cotizaron bajo normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, y su situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, razón que obliga a las entidades encargadas del reconocimiento y pago del beneficio a no abstenerse de otorgarlo bajo el argumento de que <i>"el solicitante no cotizó en vigencia de la ley 100 de 1993."</i></p> <p>- La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe ser asegurada en <i>"todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado"</i>. Así las cosas, el margen de aplicación de estos derechos prestacionales no se restringe a los supuestos de hecho que se originen y perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 pues, en sentido contrario, aquel se extiende hasta alcanzar los casos en los que el período de cotización fue realizado antes de la adopción del texto legal.</p>
--	--	--	--	--	--	---

							- Las entidades encargadas del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión deben tener en cuenta en la liquidación las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993)</i>
1 5	Diciembre 7 de 2006	T- 1049 de 2006	Álvaro Tafur Galvis	Pedro Santiago correa contra CAJANAL	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	No tutelo por falta de presupuestos.	- <b>Los presupuestos para que el Juez de tutela pueda pronunciarse sobre reclamaciones económicas derivadas de la seguridad social son:</b> <i>i) la clase de acreencia que se reclama, el monto de la misma y si existen pagos atrasados ii) la edad del accionante con el fin de establecer si los mecanismos de defensa que tiene a su alcance son eficaces para la realización del derecho, iii) si el afectado padece de alguna enfermedad o dolencia que determine la inminencia en el recibo de la prestación, iv) si cuenta con personas a cargo, v) si percibe otros recursos económicos, y de ser así, si éstos son suficientes para su manutención y vi) la carga de la argumentación o la prueba para determinar la claridad de los hechos y su carácter no litigioso.</i>
1 6	9 Julio del 2007	T-513 del 2007	Rodrigo Escobar Gil	Digna Emérita Díaz de Santana contra el ISS	Derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	- <b>Triple concepción de la indemnización sustitutiva de pensión o prestación económica;</b> <b>1.-</b> Como derecho que tienen los afiliados de reclamar en sustitución de las pensiones de invalidez, vejez ó sobreviviente una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas; <b>2.-</b> Como ahorro que el trabajador hace durante una parte de su

						<p>vida laboral como consecuencia de los aportes que realiza a la Seguridad Social en pensiones; 3.- Como una garantía frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte en el evento en que el afiliado no logre cumplir con las semanas mínimas para pensionarse.</p> <p>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, el trabajo, la igual, entre otros; por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes <i>“el derecho irrenunciable a la seguridad social”</i></p> <p>- El hecho de que exista legalmente la indemnización sustitutiva de pensión y se haga su solicitud de reconocimiento no significa que la persona o afiliado necesariamente tenga que dejar de trabajar.</p> <p>- Cuando el afiliado haya alcanzado la edad mínima para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión, éste tiene la posibilidad de seguir cotizando hasta alcanzar la pensión de jubilación; lo que indica que la consagración normativa sobre la indemnización no estipula la pérdida de la expectativa a continuar cotizando por un mejor derecho.</p> <p>- La solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, que implica la renuncia a la pensión de vejez, es una decisión</p>
--	--	--	--	--	--	--

							<p>libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que ésta tiene el carácter de imprescriptible.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p> <p>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p> <p>- El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento.</p>
17	14 Diciembre del 2007	T- 1088 del 2007	Rodrigo Escobar Gil	Justo Abraham Zea contra CAJANAL.	Derecho al mínimo vital y a la seguridad social frente a la indemnización	Tutelo.	<p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</p>

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.</li>   <li>- La acción de tutela debe ser menos rigurosa en cuanto al requisito de procedibilidad cuando se trata de personas de especial protección como los ancianos, niños, madre cabeza de familia, mujeres embarazadas, discapacitados, etc.</li>   <li>- Por regla general, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales mientras no exista otro mecanismo de defensa judicial y en tanto la carencia de algún medio de amparo no obedezca a la incuria del interesado. No obstante lo anterior, la Corte ha sostenido que existen ciertas circunstancias en las cuales no es posible exigirle al actor el uso oportuno de las herramientas jurídicas con las que contaba; dichas circunstancias son, fundamentalmente: <b><i>“a) que la falta de actuación oportuna no responde a una actitud negligente o imprudente del titular del derecho vulnerado, b) que el afectado no estaba en capacidad de recurrir, o c) que la responsabilidad en la interposición de los recursos radicaba en cabeza de un tercero ajeno a él. (T-851 del 2006)</i></b></li>   <li>- El término para determinar si se cumple con el requisito de la inmediatez debe contarse a partir del momento en que efectivamente se presentó la vulneración del derecho fundamental; es decir, desde el momento en que la entidad</li> </ul>
--	--	--	--	--	--------------------------------	--

						<p>manifesto su negativa en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.</p> <p>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad para obtener dicha prestación. Por ello sostener que aquellas personas que no cumplieron la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez encontrándose vinculados al servicio, pierden por esa sola circunstancia el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva por las semanas que efectivamente cotizaron, resulta una conclusión excesivamente restrictiva que no se compadece con la realidad de que el hecho de que exista una vinculación laboral al momento de cumplir el requisito de edad es una circunstancia que no depende enteramente de la voluntad del afiliado, sino que está sujeta a la eventualidad de que esta persona pueda acceder a un empleo o mantenerse en él. <i>(Interpretación constitucional del Art. 1 del Decreto 1730 del 2001).</i></p> <p>- La finalidad de la indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación.</p> <p>- Cuando el afiliado haya alcanzado la edad mínima para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión, éste tiene la</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>posibilidad de seguir cotizando hasta alcanzar la pensión de jubilación; lo que indica que la consagración normativa sobre la indemnización no estipula la pérdida de la expectativa a continuar cotizando por un mejor derecho.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo. Siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse pero no haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez.</p> <p>- El ámbito de aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión esta dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación. Por tanto, el beneficio de la indemnización sustitutiva puede otorgársele a aquellas personas que cotizaron bajo normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, y su situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, razón que obliga a las entidades encargadas del reconocimiento y pago del beneficio a no abstenerse de otorgarlo bajo el argumento de que <i>“el solicitante no cotizó en vigencia de la ley 100 de 1993.”</i></p> <p>- Desconocer el derecho que le asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un <i>“enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes”</i> (Sentencia</p>
--	--	--	--	--	--	--

							<p>del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)</p> <p>- El <b>principio de progresividad</b> busca que todos los habitantes del territorio nacional puedan acceder a las prestaciones que en él se brindan.</p>
1 8	Febrero 8 del 2008	T- 099 del 2008	Manuel José Cepeda Espinosa.	Luis Jaime Robayo Rodríguez contra el Departamento de Cundinamarca.	El derecho al mínimo vital y la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p> <p>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p> <p>- Las entidades encargadas del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión deben tener en cuenta en la liquidación las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones. (<i>Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993</i>)</p> <p>- Conceptualización de la indemnización sustitutiva de pensión.</p>

19	4 de Marzo del 2008	T- 237 del 2008	Mauricio González Cuervo.	José Adél Cancelado Perry contra PROTECCION S.A (Administradora de Fondo de Pensiones)	Derecho a la seguridad social y a la igualdad frente a la devolución de saldos, la redención anticipada del bono pensional y sus rendimientos.	Tutelo.	- Las personas iguales o superiores de 55 años de edad si son hombres ó iguales o superiores de 50 años si son mujeres, que se encontraban cotizando al Régimen de Prima Media y se <b>trasladaron</b> al Régimen de Ahorro individual, pero que por situaciones ajenas de su voluntad no pudieron continuar cotizando y <b>solicitaron la devolución de saldos</b> , tendrán derecho a que las administradoras de pensiones les reconozca esta prestación económica incluyendo para ello todos los periodos cotizados junto a sus respectivos bonos y rendimientos. Sin que sea una limitante para el reconocimiento de la prestación las 500 semanas exigidas en el nuevo régimen ( <i>Literal b del Art. 61 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 21 del Decreto 1474 de 1997 modificado por el Decreto 1513 de 1998</i> ), ya que la Corte Constitucional ha reiterado que esta disposición deberá ser impuesta sólo a aquellas personas que estén en capacidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones. – <b>PRINCIPIO DE EQUIDAD - (T-084 del 2006; T- 707 del 2006)</b>
20	28 Marzo del 2008	T-286 del 2008	Manuel José Cepeda Espinosa	Edgardo Moreno contra el ISS	Derecho a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso frente a la indemnización	Tutelo.	- La finalidad de la indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación.

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, el trabajo, la igual, entre otros; por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “<i>el derecho irrenunciable a la seguridad social</i>”</li>   <li>- El hecho de que exista legalmente la indemnización sustitutiva de pensión y se haga su solicitud de reconocimiento no significa que la persona o afiliado necesariamente tenga que dejar de trabajar.</li>   <li>- Cuando el afiliado haya alcanzado la edad mínima para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión, éste tiene la posibilidad de seguir cotizando hasta alcanzar la pensión de jubilación; lo que indica que la consagración normativa sobre la indemnización no estipula la pérdida de la expectativa a continuar cotizando por un mejor derecho.</li>   <li>- La solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, que implica la renuncia a la pensión de vejez, es una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que ésta tiene el carácter de imprescriptible.</li>   <li>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque así lo considero el mismo legislador.</li> </ul>
--	--	--	--	--	--------------------------------	---

							<p><i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></p> <p>- El sistema de seguridad social está sujeto al <b>Principio de progresividad</b> que busca que todos los habitantes del territorio nacional puedan acceder a todas las prestaciones que en él se brinden.</p>
21	Mayo 29 de 2008	T-546 del 2008	Clara Inés Vargas Hernández	Adela de Jesús Gómez de Sánchez contra el ISS.	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>, dada su naturaleza de derecho pensional, por lo tanto puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento por las personas legitimadas para ello (el cotizante; a falta del cotizante sus herederos y/o el cónyuge o compañero permanente).</p> <p>- Cuando la autoridad competente ha reconocido la indemnización sustitutiva de pensión, el cotizante, sus herederos, cónyuge y/o compañero permanente tiene un término prudencial de (1) año para reclamar su derecho prestacional de lo contrario éste derecho prescribe.</p> <p>- Se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando el ISS en sus actos administrativos adopta una decisión con una norma derogada.</p> <p>- La acción de tutela debe ser menos rigurosa en cuanto al requisito de procedibilidad cuando se trata de personas de</p>

							especial protección como los ancianos, niños, madre cabeza de familia, etc.
2 2	28 Agosto del 2008	T- 850 del 2008	Marco Gerardo Monroy Cabra	Alejandro Sierra Benítez contra el Departamento del Tolima (Fondo territorial de pensiones)	Derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.</li> <li>- La acción de tutela debe ser menos rigurosa en cuanto al requisito de procedibilidad cuando se trata de personas de especial protección como los ancianos, niños, madre cabeza de familia, etc.</li> <li>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad.</li> <li>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación.</li> <li>- Las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó las personas, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa.</li> </ul>

2 3	18 Septiembre del 2008.	T- 905 del 2008	Marco Gerardo Monroy Cabra.	Jesús Raúl Morales Muños contra el ISS (Santander) y ECOPETROL.	El derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	No tutelo.	<p>- La acción de tutela procederá para solicitar el reconocimiento de pensión o de la indemnización sustitutiva siempre que la negativa implique conexidad con un derecho de naturaleza fundamental y esté de por medio la protección efectiva de los sujetos de especial protección. Los efectos de la protección podrán ser transitorios o definitivos, subordinados a las reglas que rigen el perjuicio irremediable o si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente resulta ineficaz para las condiciones específicas de cada situación.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensiones de vejez o invalidez son incompatible con las pensiones de vejez o invalidez, es decir no puede estar pensionado y solicitar la indemnización sustitutiva de pensión, por cuanto desvirtuaría la naturaleza de la institución jurídica. (Art. 6 del Decreto 1730 del 2001)</p> <p>- La expedición del bono pensional opera cuando el afiliado se traslada del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con prestación definida o viceversa.</p>
2 4	19 de Marzo del 2009	T-180 del 2009	Jorge Iván Palacio Palacio.	Rugero Romero contra CAJANAL.	Derecho a la vida digna, a la seguridad social frente a la indemnización	Tutelo.	<p>- La Corte ha enfatizado sobre la presunción de veracidad, como instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones y éstas autoridades no las rinden</p>

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<p>dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</p> <p>- La acción de tutela debe ser menos rigurosa en cuanto al requisito de procedibilidad cuando se trata de personas de especial protección como los ancianos, niños, madre cabeza de familia, etc.</p> <p>- La finalidad de la indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación.</p> <p>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, el trabajo, la igual, entre otros; por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "<i>el derecho irrenunciable a la seguridad social</i>"</p>
--	--	--	--	--	--------------------------------	---

						<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando el afiliado haya alcanzado la edad mínima para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión, éste tiene la posibilidad de seguir cotizando hasta alcanzar la pensión de jubilación; lo que indica que la consagración normativa sobre la indemnización no estipula la pérdida de la expectativa a continuar cotizando por un mejor derecho.</li>   <li>- La solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, que implica la renuncia a la pensión de vejez, es una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que ésta tiene el carácter de imprescriptible.</li>   <li>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque así lo considero el mismo legislador. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></li>   <li>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, <i>“no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.</i></li>   <li>- El ámbito de aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión esta dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación. Por tanto, el beneficio de</li> </ul>
--	--	--	--	--	--	--

							<p>la indemnización sustitutiva puede otorgársele a aquellas personas que cotizaron bajo normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, y su situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, razón que obliga a las entidades encargadas del reconocimiento y pago del beneficio a no abstenerse de otorgarlo bajo el argumento de que <i>“el solicitante no cotizó en vigencia de la ley 100 de 1993”</i></p> <p>- 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.</p>
25	Abril 1 de 2009	T- 238 del 2009	Cristina Pardo Schlesinger	Elías Alirio Reina Barrios contra Secretaría general y desarrollo institucional de la Gobernación de Arauca. Nómina y pensiones	El derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La acción de tutela tiene procedencia excepcional cuando se trata de reclamar derechos prestacionales (Indemnización sustitutiva de pensión) por parte de personas que han alcanzado un grado avanzado de edad (mayor de 70 años), que acrediten encontrarse en un estado delicado de salud y finalmente que carezcan de recursos; esta procedencia prevalece a pesar de existir otro mecanismo judicial para reclamar el mismo derecho (proceso laboral).</p> <p>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas</p>

							<p>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.</p> <p>- Las entidades de previsión social (Entidades públicas, ISS, Cajas) a las que en algún momento cotizó las personas, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin justa causa. (Sentencia del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)</p> <p>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad.</p>
26	13 de Abril del 2009.	T- 268 del 2009.	Nilson Pinilla Pinilla.	Olga de Jesús Cardona Arias contra el ISS	Derecho a la seguridad social y al mínimo vital frente a la pensión de vejez.	Tutelo.	<p><b>OBITER DICTA</b> - La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.</p> <p><b>OBITER DICTA</b> - El hecho de la consagración de la indemnización sustitutiva no comporta la violación al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido de que la persona que llegue a la edad de pensión de vejez sin las semanas requeridas, no tiene la carga de aceptar la indemnización, ni la</p>

						<p>obligación de continuar trabajando, sino que libremente puede optar por cualquiera de las dos alternativas.</p> <p><b>OBITER DICTA</b> - La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo, sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p> <p>- Las entidades administradoras de pensiones (ISS, cajas o fondos) deberán adecuar sus manifestaciones a los imperativos de CONFIANZA, HONESTIDAD, DECORO Y CREDIBILIDAD que enmarcan la Constitución, de manera que los particulares puedan CONFIAR en que la administración no va ALTERAR inesperadamente las condiciones que rigen sus relaciones con los particulares y en que no va a proferir decisiones que contravengan la línea conductual que soporte los vínculos que mantengan con los individuos; es decir, <b>las entidades administradoras deberán informar adecuadamente cuántas semanas han cotizado sus aportantes (<i>Información de Historia Laboral</i>) a fin de que la decisión que tomen los mismos (<i>Solicitud de pensión ó solicitud de la indemnización sustitutiva de pensión</i>) sea la más correcta y adecuada a su verdadera situación fáctica</b>, lo contrario sería violatorio de la buena fe, la confianza legítima y el irrespeto al acto propio.</p>
--	--	--	--	--	--	--

							<p>- Cuando se haya reconocido una indemnización sustitutiva de pensión por parte de una entidad administradora en contraposición de una pensión de vejez y posteriormente se constata por parte de la jurisdicción constitucional o ordinaria el cumplimiento de los requisitos que ameritan la pensión de vejez, es indispensable recordar que aquellos dineros otorgados a efectos de la indemnización deberán ser descontados de la mesada pensional o del retroactivo reconocido en sendas proporciones.</p>
27	5 Agosto del 2009	T- 525 del 2009	Nilson Pinilla Pinilla	Rafael María Oviedo Acevedo contra el Fondo Territorial de pensiones del departamento del Tolima.	Derecho a la seguridad social y el mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensiones.	Tutelo.	<p>- La acción de tutela tiene procedencia excepcional cuando se trata de reclamar derechos prestacionales (Indemnización sustitutiva de pensión) por parte de personas que han alcanzado un grado avanzado de edad (mayor de 70 años), que acrediten encontrarse en un estado delicado de salud y finalmente que carezcan de recursos; esta procedencia prevalece a pesar de existir otro mecanismo judicial para reclamar el mismo derecho (proceso laboral).</p> <p>- La naturaleza y finalidad de la indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación</p>

						<p>- Las personas que no reunieron los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de una pensión y que no continuaron cotizando cuando la norma entró en vigencia tendrán derecho a solicitar el beneficio de la indemnización sustitutiva y hacerse acreedoras de la misma bajo <b>el principio de imprescriptibilidad</b> de las normas que rigen la seguridad social.</p> <p>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, <i>“no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.</i></p> <p>- El ámbito de aplicación de la indemnización sustitutiva de pensión esta dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación. Por tanto, el beneficio de la indemnización sustitutiva puede otorgársele a aquellas personas que cotizaron bajo normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, y su situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, razón que obliga a las entidades encargadas del reconocimiento y pago del beneficio a no abstenerse de otorgarlo bajo el argumento de que <i>“el solicitante no cotizó en vigencia de la ley 100 de 1993.</i></p> <p>- El principio de inmediatez en la acción de tutela frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de pensión no se</p>
--	--	--	--	--	--	---

							<p>debe analizar en el evento en que se pueda constatar una vulneración persistente en el tiempo de los derechos fundamentales del reclamante.</p> <p>- Las exigencias en la procedibilidad de la acción de tutela debe ser menos rigurosa en lo referente con el debido agotamiento de la vía gubernativa y posterior ejercicio de la acciones contenciosas administrativas (Nulidad y restablecimiento del derecho) frente a eventos en los que se pretenda reclamar prestaciones económicas (indemnización sustitutiva de pensión) por parte de personas de la tercera edad, con un estado de salud desfavorable en persistente crisis económica.</p> <p>- Cuando el Juez de tutela ordena directamente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión a las entidades (públicas o privadas) que administran pensiones, estas deben liquidar conforme a lo estipulado en el Art. 37 de la Ley 100 de 1993.</p>
28	6 Agosto del 2009	T- 529 del 2009	Jorge Iván Palacio Palacio	Helena Fernández Garbiras contra CAJANAL	Derecho a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna frente a la indemnización	Tutelo.	<p>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión de vejez es facultativa, ya que la persona que cumple con los requisitos para acceder a ella cuenta con la posibilidad de optar por ésta o de seguir cotizando hasta tener derecho a la pensión de vejez; decisión</p>

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<p>que puede tomarse en cualquier momento, pues la indemnización sustitutiva tiene el carácter de imprescriptible.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación.</li> <li>- Las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó las personas, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa.</li> <li>- La aplicación de las normas de la Ley 100 de 1993 y en especial las que consagra la indemnización sustitutiva de pensión, extiende sus efectos en aquellos casos en donde los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, por cuanto 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.</li> <li>- 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</li> </ul>
--	--	--	--	--	--------------------------------	--

							<p>artículo 53 superior. Para la Corte constitucional 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 <b>el principio constitucional de favorabilidad</b> en materia laboral.</p> <p>- Cuando el Juez de tutela ordena directamente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión a las entidades (públicas o privadas) que administran pensiones, estas deben liquidar conforme a lo estipulado en el Art. 37 de la Ley 100 de 1993.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p>
29	6 Agosto del 2009	T- 539 del 2009	Humberto Antonio Sierra Porto.	Manuel Ignacio Ruiz Bello contra CAJANAL.	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- <b>La seguridad social es un derecho fundamental</b> en la medida que garantiza a todas las personas su dignidad humana (<b>Observación número 19 del comité de derechos económicos, sociales y culturales</b>), su desarrollo ha sido confiado a entidades específicas que participan en el Sistema General de Seguridad Social fundado por la Ley 100 de 1993, normatividad que encuentra una configuración preestablecida en el texto constitucional (Art. 49 y 53) y en</p>

						<p><b>los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.</b></p> <p>- De acuerdo al <b>principio de subsidiaridad</b> la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el derecho a la seguridad social puede ser amparado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: <b>a.-</b> En primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional, conclusión a la que arriba el juez de tutela no sólo a partir del análisis del conjunto de condiciones objetivas en las que se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto. <b>b.-</b> En segundo término, es preciso que el problema constitucional planteado aparezca probado de manera tal que la verificación de la vulneración del derecho fundamental no requiera un esfuerzo probatorio que desborde las facultades y competencias del juez de amparo. <b>c.-</b> Para terminar, es necesario demostrar que el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.</p> <p>- La <b>indemnización sustitutiva</b> como la <b>devolución de saldos</b> son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de vejez en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar</p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p>un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por <b>el artículo 9° de la Ley 797 de 2003</b> en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso del régimen de ahorro individual.</p> <p>- La interpretación con forme a derecho que se le debe dar al literal p del Art. 2 de la Ley 797 del 2003, que modifico el contenido del Art. 37 y 66 de la Ley 100 de 1993, es que dicho <i>literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación. (C- 375 del 2004)</i></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensiones y la devolución de saldos se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “<i>compensación</i>” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes. <b>(T-981 del 2003)</b></p> <p>- Por medio de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos se reconoce una auténtica <i>acreencia</i> que le permite al cotizante “<i>recuperar los aportes efectuados durante el período</i></p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p>laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión" <b>(T-750 del 2006)</b></p> <p>- La naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social. <b>(C- 230 de 1997; T-513 del 2007; T-546 del 2008)</b></p> <p>- El carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos encuentra particular significado en la medida de que por regla general quien persigue su reconocimiento son personas de especial protección debido a su edad avanzada, a la considerable pérdida de la capacidad laboral, o al estado de indefensión en que se haya debido a la pérdida de la persona encargada de garantizar su manutención. <b>(T- 746 del 2004)</b></p> <p>- El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término</p>
--	--	--	--	--	--	---

							<p>sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento. <b>(T- 513 del 2007)</b></p> <p>- La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe ser asegurada en “todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”. Así las cosas, el margen de aplicación de estos derechos prestacionales no se restringe a los supuestos de hecho que se originen y perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 pues, en sentido contrario, aquel se extiende hasta alcanzar los casos en los que el período de cotización fue realizado antes de la adopción del texto legal. <b>(T- 972 del 2006; T 1088 del 2007)</b></p> <p>- Es una obligación por parte de la última entidad encargada del pago de la indemnización sustitutiva de pensión (ISS, Cajas administradoras públicas o privadas) reconocer y vincular en la liquidación todos los periodos en los que laboró un servidor público (antes o después de la ley 100 de 1993) <i>(con esto se cae el argumento de la irretroactividad de la ley 100 de 1993 como fundamento de las administradoras de pensiones para negar la indemnización sustitutiva de pensión)</i></p>
30	Agosto 6 de 2009	T-566 de 2009	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.	Horacio Toro Gómez contra el ISS.	El derecho a la seguridad social frente a las pensiones y	Tutelo.	<p>- Se deben incluir las semanas de cotización que sirvieron de base para calcular una indemnización sustitutiva de pensión, reconocida y no reclamada por el afiliado a la administradora de</p>

					la indemnización sustitutiva de pensión.		<p>pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) para acceder al derecho pensional (vejez) ya sea con el régimen de transición o con el régimen de prima media con prestación definida, debiendo existir para ello aviso oportuno de renunciar a dicha prestación pensional (indemnización sustitutiva de pensión) reconocida en acto administrativo, así como la manifestación expresa de continuar cotizando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar su derecho a la pensión.</p> <p>- Cuando una administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) no manifiesta expresamente su rechazo sobre una situación prestacional (indemnización sustitutiva de pensión) y permite que se continúe aportando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar un mejor derecho, ésta (administradora) debe respetar <b>el principio de confianza legítima y de la buena fe</b>, puesto que con su actuar (administradora) está generando para el afiliado una expectativa fundada y una convicción de que si continua cotizando y acumulando con las demás semanas que sirvieron de base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión, solicitada, reconocida y no reclamada por el afiliado tendrá derecho a consolidar su derecho de pensión.</p>
31	28 Agosto del 2009	T- 597 del 2009	Juan Carlos Henao Pérez	Francisco Biblio Quintero Bedoya contra CAJANAL en liquidación	Derecho a la seguridad social y al mínimo vital frente a la	Tutelo.	<p>- La regla general es que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento de un derecho pensional, pero excepcionalmente es procedente cuando:“(f) se trate de una persona de la tercera edad, por ser considerado sujeto especial</p>

					<p>indemnización sustitutiva de pensión.</p>	<p><i>de protección; (ii) la falta de pago de la prestación genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital (iii) se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) aparezcan acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.</i></p> <p><b>- Principio de universalidad.</b></p> <p>- La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a pesar de que no cumple el cometido de una pensión, esto es, de ser una remuneración <i>periódica vitalicia</i> que garantiza el derecho al mínimo vital de la persona de la tercera edad, constituye asimismo un amparo contra las contingencias de la vejez y una garantía de poder recuperar los aportes efectuados durante el período laboral.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no constituye un imperativo que deba ser acatado por el afiliado, en él radica la elección de "optar por recibir la señalada restitución dineraria o, no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcance el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional".</p>
--	--	--	--	--	--	---

						<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible, es decir se puede reclamar en cualquier momento y le son aplicables <b>los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad</b> que rigen el sistema de seguridad social integral. <b>(C-230-97, C-198-99, C-624-03, T-972-06, T-1046-07)</b></li>   <li>- Las personas que cotizaron al sistema de seguridad social en pensiones bajo las normas precedentes al sistema vigente y no se consolidó a su nombre algún derecho pensional subjetivo, tienen derecho en contraposición a la indemnización sustitutiva de pensión.</li>   <li>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, <i>“no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.</i></li>   <li>- El <b>Principio de progresividad</b> busca que todos los habitantes del territorio nacional puedan acceder a las prestaciones que en él se brindan.</li>   <li>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad.</li>   <li>- Desconocer el derecho que le asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 acceder a la</li> </ul>
--	--	--	--	--	--	---

							indemnización sustitutiva propiciaría un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes” (Sentencia del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)
3 2	6 Octubre del 2009	T-707 del 2009	Juan Carlos Henao Pérez	Luis Antonio Millán Marín contra CAJANAL	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Procedencia de la acción de tutela para el pago de prestaciones económicas (indemnización sustitutiva de pensión):</i> Por regla general la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas; sin embargo, excepcionalmente este instrumento procede cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable o cuando los medios judiciales disponibles no son adecuados para proteger los derechos fundamentales invocados.</li> <li>- Cuando el solicitante de la prestación económica sea una persona de la tercera edad, el Juez constitucional debe declarar la procedencia de la acción de tutela aunque disponga de otro medio de defensa judicial.</li> <li>- Carácter fundamental del derecho a la seguridad social. (Art. 48 C.P)</li> <li>- De la teoría de la conexidad de los derechos sociales a la teoría de la transmutación de los derechos sociales.</li> </ul>

						<p>- <b>El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental autónomo, por su carácter irrenunciable y su relación con la dignidad humana.</b></p> <p>- Existe violación del derecho a la seguridad social en el caso de la indemnización sustitutiva de pensión cuando la persona beneficiaria del sistema cumple con todos los requisitos establecidos por la Ley (Art. 37 de la Ley 100 de 1993) y la entidad encargada NIEGA su reconocimiento y pago.</p> <p><i>- Las personas que venían cotizando al sistema de seguridad social en pensiones bajo el imperio de normas precedentes, se rigen en la actualidad por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, salvo que antes de su entrada en vigencia estuvieran consolidados derechos subjetivos, respecto de los cuales, por el principio de respeto a los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política), no tienen aplicación los preceptos introducidos por la Ley en referencia. En efecto, el sistema de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En este sentido, el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas 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</i></p>
--	--	--	--	--	--	---

							<i>servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.</i>
33	6 de Octubre del 2009.	T- 708 del 2009	Juan Carlos Henao Pérez.	Marc Marcel Elmoznino contra el Fondo de pensiones PORVENIR, el ISS y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	El derecho a la seguridad social frente a la devolución de aportes.	Tutelo.	<p>- Cuando el solicitante de la prestación económica sea una persona de la tercera edad, el Juez constitucional debe declarar la procedencia de la acción de tutela aunque disponga de otro medio de defensa judicial.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar los derechos fundamentales cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en los casos de personas de la tercera edad.</p> <p>- La expedición y derecho del bono pensional opera cuando el afiliado se traslada del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual o viceversa; Por consiguiente, su emisión y liquidación deben realizarse de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado de un régimen a otro.</p> <p>- Las personas iguales o superiores de 55 años de edad si son hombres ó iguales o superiores de 50 años si son mujeres, que se encontraban cotizando al Régimen de Prima Media y se <b>trasladaron</b> al Régimen de Ahorro individual, pero que por situaciones ajenas de su voluntad no pudieron continuar cotizando y <b>solicitaron la devolución de saldos</b>, tendrán derecho a que las administradoras de pensiones les reconozca esta prestación económica incluyendo para ello todos los</p>

							<p>periodos cotizados junto a sus respectivos bonos y rendimientos. Sin que sea una limitante para el reconocimiento de la prestación las 500 semanas exigidas en el nuevo régimen <b>(Literal b del Art. 61 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 21 del Decreto 1474 de 1997 modificado por el Decreto 1513 de 1998)</b>, ya que la Corte Constitucional ha reiterado que esta disposición deberá ser impuesta sólo a aquellas personas que estén en capacidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.</p>
3 4	5 Noviembre del 2009	T- 798 del 2009	Luis Ernesto Vargas Silva	Andrés Torres contra el ISS	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- Cuando se pretende obtener el reconocimiento de acreencias derivadas del derecho a la seguridad social, la acción de tutela es procedente de manera excepcional cuando el medio o recurso existente no es suficientemente idóneo o eficaz; procedencia que se da en aquellos casos en los cuales la acción se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando la actuación del Estado constituye una vía de hecho administrativo.</p> <p>- La sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela.</p> <p>- La Corte estima que también el acto administrativo que decide sobre el reconocimiento de un derecho pensional puede verse inmerso en una vía de hecho, cuando vulnere las garantías que se desprenden del artículo 29 de la Constitución, que contempla</p>

						<p>que “<i>el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas</i>”; cuando el acto administrativo es proferido de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico. <u>Principalmente, adolecen de estos defectos aquellos actos que pretermiten, o inaplican total o parcialmente las normas que constituyen el régimen mediante el cual debe liquidarse el derecho a la pensión de una persona, en contravía de los principios de favorabilidad, primacía de lo sustancial, e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social. En este punto, ocupa un lugar de central importancia el reconocimiento efectivo del régimen de transición cuando “se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador.</u></p> <p>- Derecho al Régimen de transición (Art. 36 de la Ley 100 de 1993) y su verdadero alcance frente al reconocimiento de la pensión de vejez.</p> <p>- Cuando la entidad encargada de analizar la procedencia de la pensión de vejez (Administradora del fondo de pensiones públicas o privadas) encuentre que no se cumplen los requisitos establecidos en el régimen aplicable para el efecto (Régimen general o de transición), debe poner en conocimiento del interesado la posibilidad de que le sea concedida la indemnización sustitutiva. <i>No obstante, esta indemnización es voluntaria. Por ello, es el aportante quien debe decidir si</i></p>
--	--	--	--	--	--	---

							continua laborando hasta acreditar el número de semanas faltantes, o si opta por la indemnización porque no le es posible seguir cotizando en el régimen de prima media con prestación definida o por la devolución de aportes en el régimen de ahorro individual. En este último caso, la entidad no puede imponer obstáculos de índole administrativo que impidan el goce pleno del derecho a la seguridad social.
3 5	24 Noviembre del 2009	T- 849 A del 2009	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Ramón Ángel Foronda y Jorge Humberto Esquivel contra el departamento de Antioquia y el Fondo de pensiones del Tolima.	<i>Derecho a la dignidad humana, a la seguridad social en conexidad con la vida, al mínimo vital, a la protección de las personas de la tercera edad y a la progresividad de los derechos sociales frente a la indemnización</i>	Tutelo.	<p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, caracterizado éste por ser inminente y grave, por ello las medidas que se adopten con la acción deberán aplicarse con urgencia para restablecer el orden social y justo. <i>Ahora si el perjuicio irremediable se sustenta bajo la vulneración del derecho al mínimo vital por regla general quien lo alega debe probarlo así sea sumariamente y sólo excepcionalmente se presume su afectación.</i></p> <p>- Consagra <b>el principio de progresividad</b> como aquel en el que el Estado ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social. (Art. 48 de la C.P).</p>

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque así lo considero el mismo legislador. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></li> <li>- Las entidades encargadas del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión deben tener en cuenta en la liquidación las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993)</i></li> <li>- La finalidad de la indemnización sustitutiva de pensión es permitirle a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan cumplido con los requisitos para pensionarse obtengan en contraposición una indemnización equivalente a esta prestación.</li> <li>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, el trabajo, la igual, entre otros; por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social”</li> </ul>
--	--	--	--	--	--------------------------------	---

						<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</li>   <li>- La aplicación de las normas de la Ley 100 de 1993 y en especial las que consagra la indemnización sustitutiva de pensión, extiende sus efectos en aquellos casos en donde los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, por cuanto 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.</li>   <li>- Las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó las personas, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa.</li>   <li>- 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. Para la Corte constitucional 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 <b>el principio constitucional de favorabilidad</b> en materia laboral.</li> </ul>
--	--	--	--	--	--	--

							<ul style="list-style-type: none"> <li>- Que es ilegal y no se puede establecer 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.</li> <li>- Que el trabajador haya cumplido la edad exigida para la pensión de vejez al momento de desvincularse.</li> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho de naturaleza económica y de regulación legal y sus titulares deben reclamarlo ante la jurisdicción ordinaria laboral o administrativa, pero excepcionalmente si se están menoscabando derechos fundamentales se puede invocar la tutela como mecanismo de protección inmediato.</li> </ul>
3 6	11 Febrero del 2010	T-080 del 2010	Luis Ernesto Vargas Silva	Benjamín Navarro Sánchez contra el Departamento del Tolima y el Fondo territorial de pensiones.	El derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>El derecho al reconocimiento</b> de la pensión de vejez o <b>a la indemnización sustitutiva es de contenido prestacional y no tiene el carácter de fundamental</b>, motivo por el cual, por regla general y atendiendo el principio de subsidiariedad, <b>su protección debe invocarse a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto</b>. No obstante, <b>ese derecho puede tutelarse cuando (i) se encuentra en conexidad con un derecho fundamental, (ii) se trata de un sujeto de especial protección constitucional</b> frente al cual el juicio de procedibilidad del amparo no se aplica en forma tan estricta, y <b>(iii) no existe un medio de defensa judicial idóneo en procura de salvaguardar sus intereses <i>iusfundamentales</i></b>, o cuando existiendo ese medio, no es eficaz para proporcionar la protección adecuada.</li> </ul>

						<p>- El principio de inmediatez es inoponible (no prospera) frente al derecho a la indemnización sustitutiva de pensión, por cuanto este derecho es de carácter imprescriptible, lo que indica que puede reclamarse en cualquier oportunidad temporal.</p> <p>- Si bien la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria, el afiliado puede elegir libre y voluntariamente uno de los regímenes (Prima media con prestación definida o de ahorro individual), y para el reconocimiento de las pensiones y <b>prestaciones (<u>Indemnización sustitutiva de pensión/ devolución de aportes</u>)</b> contempladas en uno u otro, siempre se tiene en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, 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.</p> <p>- La indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, encierra un derecho suplementario, imprescriptible, e irrenunciable.</p> <p>- La indemnización sustitutiva es una especie de ahorro que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, los cuales tendrán derecho de recuperar ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley. Dice la Corte que “tendrán derecho” porque el artículo 37 de la Ley 100 de</p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p>1993, incorporó una permisión libre en cabeza de los afiliados (derecho facultativo) en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o de no hacerlo, continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el capital requerido para acceder al beneficio pensional.</p> <p>- Tratándose de la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001 (reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993), señala que para determinar el monto de la indemnización a que haya lugar, se tendrá en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.</p> <p>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad. Por el contrario, al tratarse de una norma laboral de orden público y de obligatoria e inmediata aplicación, permite que también tenga cobertura con relación a aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993.</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- Sin importar que las cotizaciones se hayan presentado con anterioridad o en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las semanas deben tenerse en cuenta para acceder al reconocimiento y fijar el monto de la indemnización sustitutiva. No hacerlo propiciaría un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuó aportes” (Sentencia del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)</p> <p>- <b>El decreto 4640 del 2005</b>, que modificó el decreto 1730 del 2001, reglamento y aclaró lo concerniente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, ya no se exige que el afiliado cotice o se retire de cotizar con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones.</p> <p>- No es necesario para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la existencia de una vinculación laboral al momento de cumplir la edad; es decir, la persona puede retirarse del sistema sin cumplir la edad exigida y, posteriormente, cuando la alcance, elevar la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización. Incluso así lo establece el literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1997, el cual fue adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.</p> <p>- El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez radica en las personas que, independientemente de haber estado o no afiliadas al Sistema</p>
--	--	--	--	--	--	---

							Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, cumplen en cualquier tiempo con la edad exigida, pero no las semanas mínimas de cotización al sistema para acceder a la pensión de vejez. Por contera, resulta factible que les devuelvan en un solo pago el ahorro que realizaron durante su vida laboral, para que con él suplan las necesidades básicas que les procure una digna subsistencia.
3 7	11 Febrero del 2010	T-081 del 2010	Luis Ernesto Vargas Silva.	María Agripina Martínez de Gutiérrez contra ISS.	Derecho a la seguridad social y el mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- Casos en los que excepcionalmente prospera la acción de tutela para reclamar las prestaciones económicas derivadas de la seguridad social en pensiones: <b>1.-</b> Cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. <i>(Tutela como mecanismo principal)</i>, <b>2.-</b> Cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. <i>(Tutela como mecanismo transitorio)</i>, <b>3.-</b> Cuando la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional; es decir, que trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior. <i>(Tutela como mecanismo subsidiario)</i>, <b>4.-</b> Cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho a la pensión y la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia. <i>(Tutela como mecanismo subsidiario)</i></p> <p>- Casos en los que la controversia planteada supone un problema de relevancia constitucional: <b>1.-</b> Cuando se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho a la</p>

						<p>igualdad y el acceso al Sistema de Seguridad Social sin ningún tipo de discriminación, como por ejemplo; la avanzada de edad, el deplorable estado de salud, la precaria situación económica, entre otros, <b>2.-</b> Cuando se verifica la grave afectación de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso, y <b>3.-</b> Cuando se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y el principio de irrenunciabilidad de las prestaciones establecidas en las normas que dan contenido al derecho a la seguridad social.</p> <p>- Se ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio, salvo que ocurra por causas ajenas a su voluntad. Por ello, la Corte ha sostenido que existen ciertas circunstancias en las cuales no es posible exigirle al actor el uso oportuno de las herramientas jurídicas con las que contaba; dichas circunstancias son, fundamentalmente: <b><i>“a) que la falta de actuación oportuna no responde a una actitud negligente o imprudente del titular del derecho vulnerado, b) que el afectado no estaba en capacidad de recurrir, o c) que la responsabilidad en la interposición de los recursos</i></b></p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p><i>radicaba en cabeza de un tercero ajeno a él. (T-851 del 2006).</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La condición de sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad y los discapacitados), así como las circunstancias de debilidad manifiesta, permiten PRESUMIR en la mayoría de los casos que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para proteger los derechos de las personas.</li> <li>- El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental.</li> <li>- La imprescriptibilidad opera únicamente en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional y no en lo atinente a la solicitud de pago del mismo, es decir, que una vez la persona haya reunido los requisitos previstos en la Ley, puede en cualquier tiempo solicitar su otorgamiento.</li> <li>- La imprescriptibilidad opera únicamente en lo relacionado con el reconocimiento de la prestación económica y no en lo atinente a la solicitud de pago del mismo, es decir, que una vez la persona haya reunido los requisitos previstos en la Ley, puede en cualquier tiempo solicitar su otorgamiento.</li> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>, dada su naturaleza de derecho pensional, por lo tanto puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento por las</li> </ul>
--	--	--	--	--	--	---

							personas legitimadas para ello (el cotizante; a falta del cotizante sus herederos “hijos, padres” y/o el cónyuge o compañero permanente,).
3 8	16 de Febrero del 2010	T-109 del 2010	María Victoria Calle Correa.	Esther Sofia Mercado de Velilla contra ISS	Derecho al mínimo vital y al debido proceso frente a la sustitución pensional.	Tutelo transitoriament e.	<p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.</p> <p>- El principio de inmediatez es inaplicable cuándo: <b>1.-</b> Se pueda constatar una vulneración persistente en el tiempo de los derechos fundamentales del reclamante y pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. <b>2.-</b> La especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros. <b>(T-593 del 2007)</b></p> <p>- <b><i>OBITER DICTA</i></b>: La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>, dada su naturaleza de derecho pensional, por lo tanto puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento</p>

							por las personas legitimadas para ello (el cotizante; a falta del cotizante sus herederos "hijos, padres" y/o el cónyuge o compañero permanente.). (C-230 de 1998; T-972 del 2006; T 546 del 2008; T 081 del 2010)
39	24 de Febrero del 2010	T- 138 del 2010	Mauricio González Cuervo	Juan Manuel Buelvas Tobio y otros contra el ISS	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	No tutelo, por cuanto el accionante no reunió el requisito de la edad para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión debe reunir el requisito objetivo de la edad, consagrado por la Ley.</li> <li>- La imprescriptibilidad opera en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional.</li> </ul>
40	8 Marzo del 2010	T-165 del 2010	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Benjamín Huertas Rodríguez contra el ISS	El Derecho al Debido proceso y el derecho de petición frente a la indemnización sustitutiva y la pensión de jubilación.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- (<i>Tutela como mecanismo transitorio</i>). En relación con los asuntos de la seguridad social, la Corte ha estimado que deben ser resueltos en principio a través de los mecanismos judiciales consagrados en la ley, a menos que dada la ocurrencia de un perjuicio irremediable deban protegerse de manera transitoria los derechos fundamentales.</li> <li>- Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados. (<i>Líteral p del art 2 de la Ley 797 del 2003</i>); Lo anterior significa que el afiliado tiene la</li> </ul>

						<p>facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. <i>Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones.</i></p> <p>- Se deben incluir las semanas de cotización que sirvieron de base para calcular una indemnización sustitutiva de pensión, reconocida y no reclamada por el afiliado a la administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) para acceder al derecho pensional (vejez) ya sea con el régimen de transición o con el régimen de prima media con prestación definida, debiendo existir para ello aviso oportuno de renunciar a dicha prestación pensional (indemnización sustitutiva de pensión) reconocida en acto administrativo, así como la manifestación expresa de continuar cotizando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar su derecho a la pensión.</p> <p>- Cuando una administradora de pensiones (ISS, cajas o fondos públicos) no manifiesta expresamente su rechazo sobre una situación prestacional (indemnización sustitutiva de pensión) y permite que se continúe aportando al sistema general de pensiones con el propósito de consolidar un mejor derecho, ésta (administradora) debe respetar <b>el principio de confianza legítima y de la buena fe</b>, puesto que con su actuar (administradora) está generando para el afiliado una expectativa</p>
--	--	--	--	--	--	---

							fundada y una convicción de que si continua cotizando y acumulando con las demás semanas que sirvieron de base para calcular la indemnización sustitutiva de pensión, solicitada, reconocida y no reclamada por el afiliado tendrá derecho a consolidar su derecho de pensión.
4 1	Marzo 26 de 2010	T-235 del 2010	Luis Ernesto Vasgas Silva	Zunilda del socorro Roca contra la CAJANAL	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La acción de tutela es un mecanismo excepcional para solicitar el pago de acreencias pensionales (indemnización sustitutiva de pensión) en personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional o se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. Por lo tiene que acreditarse las siguientes condiciones: la existencia y titularidad del derecho reclamado; un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado; la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho pensional.</p> <p>- No es necesario que el solicitante hubiere cumplido la edad necesaria <i>al momento</i> del retiro del servicio para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez posteriormente al cabal cumplimiento de los requisitos de ley.</p> <p>- Es una obligación por parte de la última entidad encargada del pago de la indemnización sustitutiva de pensión (ISS, Cajas administradoras públicas o privadas) reconocer y vincular en la liquidación todos los periodos en los que laboró un servidor público (antes o después de la ley 100 de 1993) <i>(con esto se</i></p>

							cae el argumento de la irretroactividad de la ley 100 de 1993 como fundamento de las administradoras de pensiones para negar la indemnización sustitutiva de pensión)
4 2	11 Mayo del 2010	T- 364 del 2010	María Victoria Calle Correa	Clara Inés López y Víctor Manuel Camargo ( <i>menor de edad</i> ) contra el ISS	Derecho al mínimo vital y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.	Tutelo.	<p>- Casos específicos en los que prospera la acción de tutela como mecanismo principal o como mecanismo excepcional para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión: a.) <i>Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección por el Estado (Niños, discapacitados, mujeres embarazadas, ancianos); b.) Cuando la vulneración al derecho a la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental (derecho a la vida, al mínimo vital y al debido proceso, etc.); y c.) Cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales, o se pueda proveer la ocurrencia de un perjuicio irremediable.</i></p> <p>- Las prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra la <b>indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes</b>, no admiten una prescripción extintiva para el reconocimiento del derecho, ya que a través de estas prestaciones se busca garantizar el derecho a la seguridad social, el cual ha sido reconocido por la Constitución Política como un derecho irrenunciable.</p> <p><i>- No todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de</i></p>

							<p><u>las pensiones y las prestaciones suplementarias, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado "status", el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento.</u></p> <p>- El derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes es imprescriptible porque garantiza el derecho a la seguridad social de los familiares que dependían económicamente del afiliado al momento de su fallecimiento.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p> <p>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p>
43	11 de Mayo del 2010.	T- 369 del 2010	Mauricio Gonzales Cuervo.	Manuel José Ríos Chaverra contra el ISS.	Derecho a la vida y a la seguridad social frente a la pensión de vejez y la	Confirмо la decisión de las instancias, es decir no tuteló.	- La Corte por regla general ha determinado que la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión y ello es así, porque la tutela no es el medio procesal idóneo para tramitar y decidir las controversias suscitadas alrededor del reconocimiento de derechos de tal naturaleza. (T-

					indemnización sustitutiva de pensión.		<p><b>425 del 2004; T- 443 del 2005; T- 691 del 2005; T- 973 del 2005; T- 203 del 2006; T- 685 del 2006; T- 410 del 2008)</b></p> <p>- La Corte excepcionalmente ha establecido algunas reglas en virtud de las cuales puede proceder una acción de tutela a pesar de existir un mecanismo judicial alternativo para la defensa del derecho en cuestión, y es cuando aquel "(1) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (2) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (T-225/93; C-1225/04; SU-1070/0303; SU-544/01; T-1670/00; T-698/04; T-827/03; T- 304 del 2009)</p> <p><b>OBITER DICTA</b> - La Corte ha indicado que en virtud del <b>principio de subsidiariedad de la tutela</b>, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. (SU- 039 del 2009)</p>
4 4	16 Junio del 2010	T- 478 del 2010	Juan Carlos Henao Pérez.	Dagoberto Ramírez Suarez contra Departamento de Boyacá.	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización	Tutelo.	<p>- Los requisitos para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión son: a) Haber cumplido la edad para obtener la pensión; b) No haber cotizado el mínimo de semanas exigidas; c) Declarar la imposibilidad de continuar cotizando.</p>

					<p>sustitutiva de pensión.</p>	<p><b>-Triple concepción de la indemnización sustitutiva de pensión o prestación económica;</b> 1.- Como derecho que tienen los afiliados de reclamar en sustitución de las pensiones de invalidez, vejez ó sobreviviente una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas; 2.- Como ahorro que el trabajador hace durante una parte de su vida laboral como consecuencia de los aportes que realiza a la Seguridad Social en pensiones; 3.- Como una garantía frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte en el evento en que el afiliado no logre cumplir con las semanas mínimas para pensionarse.</p> <p>- Respecto a la aplicación de la ley 100 de 1993 en el tiempo, la Corte Constitucional ha dicho que las personas que venían cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), se rigen en la actualidad por las disposiciones de esta ley, <b>salvo cuando hubieran adquirido derechos subjetivos bajo el imperio de las leyes anteriores.</b></p> <p>- El Art. 11 de la Ley 100 de 1993, dispone que la presente Ley se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, <b>respetando los derechos adquiridos.</b></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque así lo considero el mismo legislador.</p>
--	--	--	--	--	--------------------------------	---

							<p><i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></p> <p>- Las entidades encargadas del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión deben tener en cuenta en la liquidación las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993)</i></p>
4 5	16 Junio del 2010	T- 496 del 2010	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Magola Quiñones de Rosero contra Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E	Derecho al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas frente al despido por retiro forzoso de un servidor público.	Tutelo.	<p>- Es una obligación de las entidades públicas al momento de hacer efectivo la desvinculación de sus servidores públicos por la causal de retiro forzoso, indagarles sobre: <b>1.-</b> Si continuaran cotizando a pensiones hasta que se consolide su derecho, caso en el cual el empleador informará a la administradora de pensiones sobre la respectiva situación, quien deberá realizar los cambios respectivos y POSTERIORMENTE dar por terminada la relación laboral, por cuanto la entidad no está obligada en mantener en el cargo al servidor público ó <b>2.-</b> Si estarán imposibilitados para continuar cotizando, caso en el cual el empleador no puede desvincularlos hasta tanto la administradora de pensiones haya definido su situación prestacional, prestándole una compañía continua hasta el reconocimiento y pago de dicha prestación, en aras de asegurarle su remuneración vital.</p>

							<p>- El Art. 37 de la Ley 100 de 1993, ofrece la posibilidad de que el trabajador siga cotizando al régimen para consolidar un derecho adquirido en materia pensional, lo cual puede ser visto en ocasiones como una obligación, pues de lo contrario en cualquier tiempo el interesado estaría facultado para pedir la indemnización sustitutiva de pensión.</p>
4 6	Julio 21 de 2010	T-578 A de 2010	Luis Ernesto Vargas Silva	Myriam Elisa Urrego Beltrán contra el Fondo de prestaciones económicas cesantías y pensiones (FONCEP)	El derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>.</p> <p>- No es necesario que el solicitante hubiere cotizado aportes en vigencia de la Ley 100 de 1993, ni que se encuentre afiliado al sistema general de pensiones previsto en la misma ley para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión. <i>(con esto se cae el argumento de la irretroactividad de la ley 100 de 1993 como fundamento de las administradoras de pensiones para negar la indemnización sustitutiva de pensión)</i></p>
4 7	28 de Octubre de 2010.	T- 853 del 2010	Humberto Antonio Porto Sierra.	Manuel Eduardo Palomino Ortiz y María Olinda Piedrahita Giraldo <b>contra</b> Ministerio de Hacienda y crédito Público, ING Pensiones y	Derecho a la Seguridad Social y Mínimo Vital frente a la expedición de bonos pensionales y	Tutelo en ambos casos.	<p>- El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y cuando se adoptan las medidas de orden legislativo y reglamentario ó cuando existe renuencia de las instancias políticas y administrativas en adoptar e implementar medidas orientadas a desarrollar estos derechos fundamentales en la práctica, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.</p>

				<p>Cesantías, BBVA Horizonte pensiones y cesantías.</p>	<p>devolución de aportes.</p>	<p>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Ha señalado la jurisprudencia de la Corte que los mecanismos legales ordinarios, por su duración y costos, no resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de algunos sujetos de especial protección constitucional por sus condiciones, como son las personas inválidas, en tanto que la ausencia de la pensión reclamada y la afectación de la salud, disminuye las oportunidades laborales y afecta su situación económica y respecto de las personas con avanzada edad, pues es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor.</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, caracterizado éste por ser inminente, grave y urgente, por ello las medidas que se adopten deben ser impostergables a fin evitar un daño antijurídico irreparable. <b>La Corte ha afirmado que la ponderación del perjuicio irremediable</b>, debe consultar las particularidades del caso concreto, a fin de definir la falta de idoneidad del mecanismo judicial ordinario y analizar, frente a las condiciones personales del peticionario, la intensidad sobre la inminencia del perjuicio irremediable para determinar qué derechos fundamentales se encuentran vulnerados. Para ello la</p>
--	--	--	--	---	-------------------------------	--

						<p>jurisprudencia constitucional ha dispuesto ciertos requisitos que deberá ser valorado por el juez en cada caso concreto: <b>(i)</b> Que se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; <b>(ii)</b> El estado de salud del solicitante y su familia; <b>(iii)</b> Las condiciones económicas del peticionario; <b>(iv)</b> La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; <b>(v)</b> El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y <b>(vi)</b> El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.</p> <p>- El literal p) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, estipuló que los afiliados que cumplan la edad de pensión, pero no reúnan los demás requisitos, tendrán derecho a la <i>devolución de saldos</i> o a la <i>indemnización sustitutiva</i> de acuerdo con el régimen al cual pertenezcan.</p> <p>- La finalidad de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos, dependiendo del régimen de que se trata, no es otra que la de permitir que los afiliados que lleguen a las edades y no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que tratan los artículos 35 y 65 de la ley 100 de 1993 y no hayan podido cotizar al menos 1150 semanas, tendrán derecho a reclamar para sí el reintegro de sus ahorros.</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- <b>El literal p) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003</b>, reunió en una sola norma, lo dispuesto en los artículos 37 y 66 de la Ley 100 de 1993, señalando: <u>“Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados.”</u></p> <p>- La inclusión de la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de aportes en el sistema de seguridad social no impone a los cotizantes que no han completado los requisitos para la pensión, la obligación de continuar realizando aportes al sistema hasta tanto no cumplan los requisitos establecidos y tampoco exige que las personas declinen forzosamente la expectativa de obtener la pensión de vejez para en su lugar recibir la indemnización sustitutiva o el saldo correspondiente, pues los interesados se encuentran autorizados para proseguir llevando a cabo las cotizaciones correspondientes. <b>(Sentencia C- 375 del 2004)</b></p> <p>- La <i>indemnización sustitutiva</i> como la <i>devolución de saldos</i>, <b>son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de vejez</b> en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional.</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- La indemnización sustitutiva de pensiones y la devolución de saldos se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “<i>compensación</i>” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes. <b>(T- 981 del 2003)</b></p> <p>- Por medio de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos se reconoce una auténtica <i>acreencia</i> que le permite al cotizante “<i>recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión</i>” <b>(T-750 del 2006)</b></p> <p>- La naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social. <b>(C- 230 de 1997; T-513 del 2007; T-546 del 2008)</b></p> <p>- El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que</p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p>se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento. <b>(T- 513 del 2007; T-981 del 2003)</b></p> <p>- En materia pensional y prestaciones económicas <b>el principio de equidad</b> (Art. 230 de la C.N) juega un papel importante al momento de interpretar la Ley por parte de los operadores del derecho, sobre este aspecto la Corte ha fijado el criterio según el cual la aplicación de una disposición no puede imponer la exigencia de determinados requisitos que resulten imposibles de cumplir a aquellas personas consideradas sujetos de especial protección constitucional (ancianos, discapacitados físicos o mentales, etc.); ejemplo de ello es el cumplimiento de las 500 semanas posteriores al traslado de régimen a aquellas personas que estan en imposibilidad de cumplir debido a su avanzada edad o a su deplorable estado de salud. <i>(Literal b del Art. 61 de la Ley 100 de 1993 y Art. 18 del Decreto 3798 del 2003)</i>; Así mismo debe entenderse para los casos de la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos, en la medida que no debe exigírsele el cumplimiento de determinados requisitos que resulten imposibles de cumplir a los sujetos de especial protección por parte del Estado. <b>(T- 084 del 2006; T-708 del 2009; T- 707 del 2006)</b></p>
--	--	--	--	--	--	--

4 8	11 Noviembre e del 2010	T- 896 del 2010	Nilson Pinilla Pinilla.	Ana Luz Henao Lamus ( <i>Quien reclama la prestación - la madre</i> ) contra ISS.	Derecho a la vida, dignidad humana, seguridad social, al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Excepcionalmente, es posible reclamar el reconocimiento y pago de derechos prestacionales por vía de tutela, cuando de su protección dependa la eficacia de los derechos fundamentales (vida, dignidad humana, mínimo vital, entre otros).</li> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</li> <li>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción (<i>1 año</i>) desde el momento en que ha sido reconocida (<i>Art. 18 de la Ley 776 del 2002</i>), por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</li> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es <b>imprescriptible</b>, dada su naturaleza de derecho pensional, por lo tanto puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento por las personas legitimadas para ello (el cotizante; a falta del cotizante sus herederos y/o el cónyuge o compañero permanente).</li> <li>- La indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, no puede estar sujeta respecto de su reconocimiento a un límite temporal, pues por tratarse de una prestación subsidiaria o sustitutiva de un derecho pensional, ostenta por extensión la naturaleza de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.</li> </ul>
--------	-------------------------------	--------------------	-------------------------------	---	--	---------	--

4 9	26 de Noviembre del 2010.	T- 957 del 2010 <u>Tutela contra providencia judicial) – Configuraci ón de una vía de hecho.</u>	Humberto Antonio Sierra Porto.	María Lucía Salguero contra la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASION LABORAL.	Derecho al debido proceso y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo y en consecuencia REVOCO la sentencia de casación.	<p><b>OBITER DICTAS:</b></p> <p>- Vías de hecho (<b>Antes</b>) ó causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (<b>Ahora</b>).</p> <p>- <b><u>Defectos para que se configure la acción de tutela frente a providencias judiciales:</u></b> 1.- <b>Defecto orgánico</b>, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello. 2.- <b>Defecto procedimental absoluto</b>, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido. 3.- <b>Defecto material o sustantivo</b>, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión. 4.- <b>Defecto fáctico por no haberse decretado, practicado o valorado pruebas debidamente solicitadas o recaudadas en el curso de proceso</b>, o por haberse valorado pruebas nulas o vulneradoras de derechos fundamentales. 5.- <b>Error inducido</b>, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales. 6.- <b>Decisión sin motivación</b>, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias. 7.- <b>Desconocimiento del precedente</b>, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del</p>
--------	---------------------------------	--	---	---	---	---	--

						<p>contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, también cuando se aparta del precedente sentado por los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción o de su propio precedente.</p> <p>- Tesis de conexidad y la tesis de que todos los derechos constitucionales son fundamentales.</p> <p>- El derecho a la seguridad social es <b>fundamental</b>, pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (<i>obligaciones estatales de orden negativo o de abstención</i>). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (<i>obligaciones estatales de carácter positivo o de acción</i>).</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- <b>Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra cosa es la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.</b></p> <p>- <u>Los derechos fundamentales de carácter prestacional (Pensión de sobreviviente), por regla general necesitan de desarrollo político, reglamentario y técnico para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a la misma, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, esto hace que las personas previo al cumplimiento de estas exigencias puedan acudir a la acción de tutela para exigir la protección de sus derechos prestacionales. Ahora excepcionalmente puede que algunos derechos fundamentales de carácter prestacional no tengan desarrollo político, reglamentario o técnico, lo cual no impide que las personas puedan exigir la protección de sus derechos mediante la acción de tutela, siempre y cuando la omisión de las autoridades públicas terminen por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión. (T- 016 del 2007)</u></p> <p>- Bloque de constitucionalidad del derecho a la seguridad social.</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- <b>La indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos en el Sistema General de seguridad Social integral.</b></p> <p>- la <i>indemnización sustitutiva</i> como la <i>devolución de saldos</i> son prestaciones que actúan como sucedáneas de <b>la pensión de sobrevivientes</b> en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso del régimen de ahorro individual.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión como la devolución de saldos se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “<i>compensación</i>” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes. <b>(T- 981 del 2003)</b></p> <p>- Por medio de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos se reconoce una auténtica <i>acreencia</i> que le permite al cotizante “<i>recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión</i>” <b>(T-750 del 2006)</b></p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>- La naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social. <b>(C- 230 de 1997; T-513 del 2007; T-546 del 2008)</b></p> <p>- El carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva de pensión y la devolución de saldos encuentra particular significado en la medida de que por regla general quien persigue su reconocimiento son personas de especial protección debido a su edad avanzada, a la considerable pérdida de la capacidad laboral, o al estado de indefensión en que se haya debido a la pérdida de la persona encargada de garantizar su manutención. <b>(T- 746 del 2004)</b></p> <p>- El término para responder la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión es de (15) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud. Ahora, si la solicitud tiene un alto grado de complejidad la entidad deberá informar al interesado dentro de los mismos (15) días sobre el término adicional que se tomará para decidir de fondo su solicitud, sin que este término sobrepase (4) meses. Finalmente si la solicitud fuere resuelta</p>
--	--	--	--	--	--	---

						<p>positivamente el término para el pago será de (2) meses contados a partir del reconocimiento. <b>(T- 513 del 2007)</b></p> <p>- La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe ser asegurada en “<i>todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado</i>”. Así las cosas, el margen de aplicación de estos derechos prestacionales no se restringe a los supuestos de hecho que se originen y perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 pues, en sentido contrario, aquel se extiende hasta alcanzar los casos en los que el período de cotización fue realizado antes de la adopción del texto legal. <b>(T- 972 del 2006; T 1088 del 2007)</b></p> <p><b>PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL</b> - Las normas legales que honre el principio de interpretación conforme a la Constitución no puede desconocer, para efectos de determinar la existencia del derecho a la indemnización sustitutiva, las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; una posición que se niegue a contar dichas semanas desconocería la posición trazada en una línea jurisprudencial reiterada y constante, de manifestación actual y de aplicación a casos análogos al ahora resuelto por la Corte Constitucional. <b>(T- 099 del 2008; T- 1088 del 2007; T- 286 del 2008; T- 849ª del 2009).</b></p>
--	--	--	--	--	--	--

								- Principio de hermenéutica laboral <b>"in dubio pro operario"</b> o estricta aplicación del <i>"principio constitucional de la favorabilidad"</i>
5 0	4 de Febrero del 2011.	T- 059 del 2011	Jorge Iván Palacio Palacio.	Carmen Alicia Villadiego de Ruiz contra el departamento de Córdoba.	Derecho a la Seguridad Social, a la dignidad humana y a la igualdad frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.		- Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados. <i>(Literal p del art 2 de la Ley 797 del 2003)</i> ; Lo anterior significa que el afiliado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia. <i>Así mismo se indica que la norma no impone el retiro del afiliado al sistema de pensiones sino que ésta le da la facultad al afiliado de escoger entre continuar cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva de pensiones.</i> Por otro lado, la norma demandada no difiere una <b>justa causa</b> para dar por terminada la relación laboral a un trabajador, es decir, los empleados que han alcanzado la edad legal de pensión, pero no el monto de semanas cotizadas, no pueden ser desvinculados de sus trabajos bajo el argumento de que el literal p, del art. 2° de la ley 797 de 2003 así lo prescribe. <b>(C-375 del 2004)</b>  - El derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por

						<p>cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "<i>el derecho irrenunciable a la seguridad social.</i>" (T-881 del 2001)</p> <p>- El sentido que el Juez le debe conceder al Art. 37 de la Ley 100 de 1996 (<i>indemnización sustitutiva de pensión</i>) corresponde a que <b>no existe la obligación de seguir trabajando hasta completar el tiempo mínimo de cotización exigido para alcanzar esta prestación económica, ni tampoco el tener que renunciar a la expectativa de completar dicho tiempo, una vez alcanzada la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.</b> (T- 972 del 2006)</p> <p>- El sistema de seguridad social se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, respetando los derechos adquiridos, conforme a las disposiciones normativas anteriores. (T-850 del 2008)</p> <p>- El sistema de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobreviviente los tiempos cotizados con anterioridad a su vigencia. (T-850 del 2008)</p> <p>- El Art. 37 de la Ley 100 de 1993, referente a la indemnización sustitutiva de pensión no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como</p>
--	--	--	--	--	--	---

							<p>que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993. <b>(T-850 del 2008)</b></p> <p>- Al Estado le corresponde garantizar, las prestaciones económicas suplementarias (indemnización sustitutiva de pensión) de manera continua, permanente y eficiente a las personas-afiliadas y en especial a aquellas personas que se encuentran en especial protección como los ancianos.</p> <p><b>- La indemnización sustitutiva de pensión se concibe como un servicio social.</b></p> <p>- No debe ser requisito para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión la existencia de una vinculación laboral al momento de haber cumplido con la edad. <b>(T-850 del 2008)</b></p> <p>- Las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó las personas, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa. <b>(T-850 del 2008)</b></p>
5 1	15 de Febrero del 2011.	T- 083 del 2011	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Zolaida Esther Herazo y María Elisa Ávila contra el municipio de	Derecho al debido proceso, a la seguridad social, al	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión implica un derecho suplementario. <b>(C- 624 del 2003)</b></p>

				<p>Santiago de Tolú.</p> <p>mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es imprescriptible en la medida en que se puede reclamar en cualquier momento, claro está, que quien la solicita debe cumplir la edad para pensionarse y además haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en pensiones por un tiempo inferior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez. <b>(T-972 del 2006)</b></li>   <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es irrenunciable. <b>(T-1046 del 2005)</b></li>   <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es un ahorro que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, los cuales tendrán derecho de recuperar ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley. <b>(T-080 del 2010)</b></li>   <li>- En materia del derecho a la indemnización sustitutiva, las entidades encargadas de su reconocimiento se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. <b>(T-792 del 2006)</b></li>   <li>- Las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior</li> </ul>
--	--	--	--	--	---

							<p>normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. (T-1088 del 2007)</p> <p>- El sentido que el Juez le debe conceder al Art. 37 de la Ley 100 de 1996 (<i>indemnización sustitutiva de pensión</i>) corresponde a que <b>no existe la obligación de seguir trabajando hasta completar el tiempo mínimo de cotización exigido para alcanzar esta prestación económica, ni tampoco el tener que renunciar a la expectativa de completar dicho tiempo, una vez alcanzada la edad mínima para acceder a la pensión de vejez. (T- 972 del 2006)</b></p> <p>- Podrán solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquellas personas que, independientemente de haber estado o no afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, cumplan en cualquier tiempo con la edad exigida, pero no las semanas mínimas de cotización al sistema para adquirir la pensión de vejez. Así, es posible que en un solo pago les sea devuelto el ahorro que efectuaron en el transcurso de su vida laboral, para que con él atiendan sus necesidades básicas en procura de una subsistencia digna. (T-080 del 2010)</p>
5 2	24 de Febrero del 2011.	T- 115 del 2011	Humberto Antonio	Letty Cecilia Lázaro Pabón contra el ISS	Derecho de seguridad social, al	Tutelo.	- Cuando se haya reconocido una indemnización sustitutiva de pensión por parte de una entidad administradora en

			Sierra Porto.		mínimo vital y el debido proceso frente a la pensión por invalidez.		contraposición de una pensión de vejez y posteriormente se constata por parte de la jurisdicción constitucional o ordinaria el cumplimiento de los requisitos que ameritan la pensión de vejez, es indispensable recordar que aquellos dineros otorgados a efectos de la indemnización deberán ser descontados de la mesada pensional o del retroactivo reconocido en sendas proporciones.
53	7 de Marzo del 2011	T- 145 del 2011	Mauricio González Cuervo.	Gladis Cecilia Montua de Caicedo contra CAJANAL.	Derecho al debido proceso, derecho a la igualdad y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. <b>(Art. 38 del Decreto 2591 de 1991).</b></p> <p>- De acuerdo con la jurisprudencia, existe <b>Temeridad</b> cuando se constata la existencia de un intento previo y, en los dos o más procesos (Tutelas), coinciden las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones; adicionalmente, para que el Juez constitucional pueda declarar la existencia de temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar de peticionario, esto es, que debe probarse una "actitud torticera, que 'delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa', que expresa un abuso del derecho porque 'deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción', o, finalmente que constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia.</p>

							<p>- La Corte por regla general ha determinado que la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión y ello es así, porque la tutela no es el medio procesal idóneo para tramitar y decidir las controversias suscitadas alrededor del reconocimiento de derechos de tal naturaleza.</p> <p>- La Corte excepcionalmente ha establecido algunas reglas en virtud de las cuales puede proceder una acción de tutela a pesar de existir un mecanismo judicial alternativo para la defensa del derecho en cuestión, y es cuando aquel <i>“(1) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (2) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.</i></p> <p>- El sistema de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En este sentido, <b>el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993</b> señala que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, la obligación del reconocimiento de las semanas cotizadas antes y después de la entrada en vigencia de la ley 100 apunta a que se haga una interpretación favorable al afiliado al sistema que permite proteger su derecho a la seguridad social y al mínimo vital.</p>
--	--	--	--	--	--	--	--

							<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser un derecho que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinado a cubrir el riesgo de vejez.</li> <li>- Aceptar la negativa de la administradora de pensiones para reconocer el derecho a la indemnización sustitutiva, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuó aportes; pues quiere decir que las cotizaciones diligentemente realizadas por la persona al Sistema no sirven, ni para efectos de reconocimiento de la pensión, ni para efectos del mecanismo sustitutivo previsto en la Ley. (T-972/06, T-099/08, T-180/09 y T-478/10)</li> </ul>
8 de Marzo del 2011	T- 155 del 2011	Juan Carlos Henao Perez	Rosa Ortiz Bolaños contra el ISS	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión (Imprescriptibilidad)	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva es una prestación laboral que consiste en la devolución de una suma que el trabajador afiliado al régimen de prima media ha cotizado, sin que al momento de cumplir la edad de jubilación, haya alcanzado a cotizar las semanas que se requieren para tener derecho al pago de una pensión de jubilación.</li> <li>- La imprescriptibilidad opera en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional.</li> </ul>	
5 4 Marzo 10 del 2011	T- 164 del 2011	Humberto Antonio	Gerardo Segura contra CAJANAL -BUENFUTURO	Derecho a la seguridad social frente a	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La acción de tutela procederá como mecanismo principal para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión cuando el</li> </ul>	

			Sierra Porto.	PATRIMONIO AUTONOMO.	la indemnización sustitutiva de pensión.	<p>medio judicial previsto para tal fin (ordinario) no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Por ejemplo la avanzada de edad del peticionario y más si ha sobrepasado el índice de promedio de vida (74 años).</p> <p>- La acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión en el evento en el que se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En la mayoría de los casos se ha determinado que existe un perjuicio irremediable cuando se ve afectado el mínimo vital del peticionario y de su familia, para ello se utilizan criterios como la edad del peticionario, el estado de salud del peticionario o de su familia y las condiciones económicas del peticionario.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque así lo considero el mismo legislador. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque las normas de seguridad social entre estas las que regulan la indemnización sustitutiva de pensión son de orden público ya que estas responden a intereses generales y a necesidades consideradas de gran importancia para la sociedad, por lo que se aplican a situaciones vigentes o en curso en el momento en que aquellas entren a regir, pero no</p>
--	--	--	------------------	-------------------------	---	---

						<p>tienen efectos retroactivos, es decir no afecta situaciones jurídicas consolidadas.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque es un derecho irrenunciable que tienen las personas.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque es un derecho imprescriptible, lo que indica que se puede reclamar en cualquier momento.</p> <p>- Desconocer el derecho que le asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un <i>“enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes”</i> (Sentencia del Consejo de Estado de la sección segunda – subsección A, número 4109-04 del 26 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Moreno García)</p> <p>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, <i>“no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.</i></p>
--	--	--	--	--	--	--

							<p>- El principio de inmediatez en la acción de tutela frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de pensión no se debe analizar en el evento en que se pueda constatar una vulneración persistente en el tiempo de los derechos fundamentales del reclamante.</p>
5	13 de	T- 380 del	Nilson Pinilla Pinilla.	Álvaro Sadys Alvis Mercado y Dhalmain Arias Monsalve contra el Municipio de Sincelejo y CAJANAL.	Derecho a la seguridad social y al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo en ambos casos.	<p>- La Corte ha indicado que en virtud del <b>principio de subsidiariedad de la tutela</b>, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. Ejemplo de ello es: a.) <i>Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección por el Estado (Niños, discapacitados, mujeres embarazadas, ancianos); b.) Cuando la vulneración al derecho a la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental (derecho a la vida, al mínimo vital y al debido proceso, etc.); y c.) Cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales, o se pueda proveer la ocurrencia de un perjuicio irremediable.</i></p> <p>- La finalidad de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos, dependiendo del régimen de que se trata, no es otra que la de permitir que los afiliados que lleguen a las edades y</p>

							<p>no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que tratan los artículos 35 y 65 de la ley 100 de 1993 y no hayan podido cotizar al menos 1150 semanas, tendrán derecho a reclamar para sí el reintegro de sus ahorros.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho de carácter pensional, por ello, es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo, sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable. <b>(T- 081 del 2010)</b> <u>“Con el anterior argumento se desvirtúa las exigencias de las entidades administradoras de pensión, en el sentido de que debe ser necesario que las personas deban cumplir la edad y el tiempo de servicio con posterioridad a la Ley 100 de 1993 a efectos del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva de pensión”</u></p>
5 6	13 de Junio del 2011.	T- 472 del 2011.	María Victoria Calle Correa.	Ariela Lugo contra el ISS.	Derecho a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, no puede estar sujeta, respecto de su reconocimiento a un límite temporal, pues por tratarse de una prestación subsidiaria o sustitutiva de un derecho pensional, ostenta por extensión, la naturaleza de irrenunciabilidad o imprescriptibilidad, es decir, que su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo, sujetándose solamente a normas de prescripción, una vez ha sido reconocida por la autoridad respectiva. <b>(T- 546 del 2008)</b></p>

							- El derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes no prescribe, porque garantiza el derecho a la seguridad social de los familiares que dependían económicamente del pensionado o del afiliado al momento de su fallecimiento.
5 7	30 de Junio del 2011.	T-505 del 2011	Humberto Antonio Sierra Porto.	Guillermo Cáceres Hernández contra CAJANAL- BUEN FUTURO PATRIMONIO AUTONOMO.	Derecho a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- La indemnización sustitutiva de pensión se concibe como un derecho supletivo.</p> <p>- La indemnización sustitutiva se aplica aún a aquellas personas que hayan cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley, por las siguientes razones:</p> <p><b>1.)</b> porque así lo dispuso el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para efecto del reconocimiento de las prestaciones económicas consagradas en la Ley,</p> <p><b>2.)</b> porque las normas laborales y de la seguridad social al responder a intereses generales y a necesidades consideradas de importancia primordial para la sociedad, son normas de orden público, por lo que se aplica a las situaciones vigentes o en curso en el momento en que aquéllas entren a regir, pero no tiene efecto retroactivo, esto es, no afecta situaciones jurídicamente consolidadas. <b>(T-797 del 2003)</b></p> <p><b>3.)</b> porque al ser la indemnización sustitutiva uno de los derechos subjetivos que emanan del derecho a la seguridad</p>

							<p>social, éste es irrenunciable conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. <b>(T-746 del 2004)</b></p> <p><b>4.)</b> porque desconocer el derecho que les asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 a acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un “<i>enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes</i>” <b>(T-850 del 2008)</b></p> <p><b>5.)</b> porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, “no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993. <b>(T-597 del 2009)</b></p>
5 8	5 de Julio del 2011.	T-515 del 2011	Luis Ernesto Vargas Silva.	María teresa Baquero de Sanabria vs. ISS	Derecho a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- Las prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra la <b>indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes</b>, no admiten una prescripción extintiva para el reconocimiento del derecho, ya que a través de estas prestaciones se busca garantizar el derecho a la seguridad social, el cual ha sido reconocido por la Constitución Política como un derecho irrenunciable.</p> <p>- El derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes es imprescriptible porque garantiza el derecho a la seguridad social de los familiares que dependían</p>

							<p>económicamente del pensionado o del afiliado al momento de su fallecimiento.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente es imprescriptible en el sentido que puede reclamarse en cualquier tiempo.</p> <p>- La indemnización sustitutiva sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida, por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede libremente optar por aceptar el reconocimiento o continuar cotizando hasta obtener la pensión a que diere lugar.</p>
59	6 de Julio del 2011	T- 534 del 2011	María Victoria Calle Correa	Ángela María Sarmiento Oquendo contra la Gobernación del Atlántico	Derecho al mínimo vital y a la seguridad social frente a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.	Tutelo.	<p>- No es requisito que el solicitante hubiere cotizado aportes en vigencia de la Ley 100 de 1993, ni que se encuentre afiliado al sistema general de pensiones previsto en la misma ley para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.</p> <p>- No es una razón jurídicamente válida negar la indemnización sustitutiva sobre la base de que el Consejo de Estado había suspendido provisionalmente la norma que soportaba su otorgamiento. <b>(T-750 del 2006)</b></p> <p>- Las normas legales que honre el principio de interpretación conforme a la Constitución no puede desconocer, para efectos de determinar la existencia del derecho a la indemnización sustitutiva de sobreviviente, las semanas cotizadas antes de la</p>

							entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; una posición que se niegue a contar dichas semanas desconocería la posición trazada en una línea jurisprudencial reiterada y constante, de manifestación actual y de aplicación a casos análogos al ahora resuelto por la Corte Constitucional. <b>(T- 957 del 2010)</b>
6 0	7 de Septiembre del 2011	T-659 del 2011 <b>(Acumulación de tutelas)</b>	Jorge Iván Palacio Palacio.	Arturo de Jesús Martínez de Vergara contra el Ministerio de Agricultura y desarrollo rural  Eduardo Calderón Peláez contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia	Derecho al mínimo vital, a la seguridad social, a la vida digna, a la igualdad y a la tercera edad frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	- La finalidad de la indemnización sustitutiva, dependiendo del régimen de que se trata, no es otra que la de permitir que los afiliados del orden público que lleguen a las edades de jubilación y no hayan alcanzado a generar la pensión mínima en razón a que no pudieron cotizar las semanas exigidas por la Ley, pueden acceder a la devolución de los dineros aportados al sistema o lo que corresponda a lo causado por el tiempo de servicio prestado a entidades públicas de cualquier orden. <i>Aceptar una hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual la ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a estos sujetos hacerlo</i> <b>(C-375 del 2004)</b> . También, constituiría una violación flagrante <b><u>al derecho a la igualdad</u></b> , toda vez que quienes sirvieron a una entidad pública y se desvincularon de la misma sin que hubiesen podido volver a cotizar al sistema de pensiones, se encontrarían en situación de desventaja frente a los que sí lograron posteriores vinculaciones laborales y por ende pueden exigir al momento de cumplir la edad para

						<p>pensionarse, el reconocimiento y pago de la cuota parte pensional a la entidad para la cual prestaron sus servicios, sin consideración al tiempo en que se ejecutó la relación laboral (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993).</p> <p>- El derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra directamente relacionado con los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes <i>"el derecho irrenunciable a la seguridad social"</i>(<b>T-888 del 2001; T-609 del 2002</b>)</p> <p>- El alcance dado al contenido del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con el establecimiento de la figura jurídica de la indemnización sustitutiva de la pensión busca evitar que exista la obligación de seguir trabajando hasta completar el tiempo mínimo de cotización exigido para alcanzar la prestación, y del mismo modo omitir la renuncia a la expectativa de completar dicho tiempo una vez alcanzada la edad mínima para acceder a la pensión de vejez. (<b>T-972 del 2006</b>); por ende el afiliado que se encuentra en tal situación tiene la posibilidad ya sea de aceptar esta prestación o de optar por seguir cotizando hasta alcanzar la pensión de vejez, para lo cual deberá seguir cotizando hasta completar el requisito de semanas exigidas, siendo esta una decisión libre del afiliado que puede ser tomada</p>
--	--	--	--	--	--	---

							<p>en cualquier tiempo (de acuerdo al carácter imprescriptible de dicha prestación), una vez haya llegado a la edad pensionable.</p> <p>- La indemnización sustitutiva se aplica aún a aquellas personas del sector público o privado que hayan cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley, por las siguientes razones:</p> <p><b>1.)</b> Porque el sistema general de pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional,</p> <p><b>2.)</b> Porque el sistema de pensiones a efectos de las prestaciones económicas reconoce los tiempos cotizados con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></p> <p><b>3.)</b> porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, “no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993. <b>(T-597 del 2009)</b></p>
61	27 de Octubre del 2011	T-809 del 2011	Mauricio González Cuervo	Eleodora Tomosa Molina	Derecho a la seguridad social, frente a	Tutelo.	- La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez “ <i>hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones,</i>

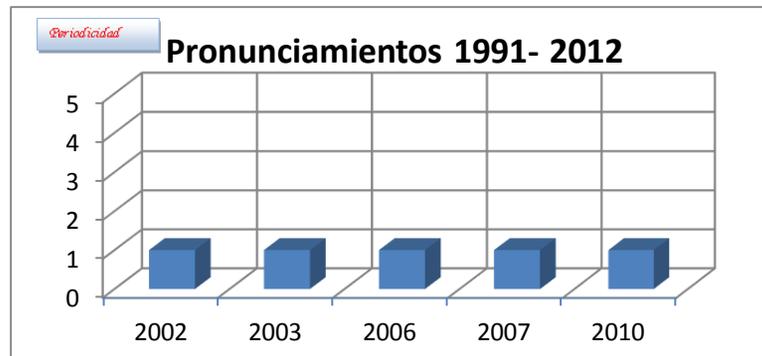
				González contra CAPRECOM	la indemnización sustitutiva de pensión.		<p><i>convirtiéndose en una especie de ahorro que pertenece al trabajador por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, razón por la cual se traduce en una garantía con que cuentan los afiliados a este sistema que no han podido cumplir con uno de los requisitos para adquirir su derecho a la pensión” (T- 981 del 2003)</i></p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque es un derecho irrenunciable que tienen las personas.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión se aplica aún a aquellas personas que han cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley porque es un derecho imprescriptible, lo que indica que se puede reclamar en cualquier momento.</p>
6 2	de Noviembre del 2011	T-829 del 2011	Jorge Iván Palacio	Hugo Javier Mora Zapata contra CAJANAL E.I.C.E en Liquidación	Derecho al mínimo vital, seguridad social, vida digna e igualdad frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<p>- A pesar de que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no cumple la misma finalidad de la pensión, entendida como una remuneración periódica vitalicia que asegura el mínimo vital de la persona de la tercera edad, aquella si opera como un amparo contra las contingencias de la vejez y una garantía de recuperación de los aportes realizados durante el periodo laboral. Así, el afiliado puede optar por recibir o no la restitución dineraria. En caso de que lo último ocurra, tiene la opción de seguir cotizando al sistema hasta que alcance el monto de semanas exigidas para obtener el derecho a la</p>

						<p>pensión. (C-375 del 2004; T- 972 del 2006; T-523 del 2005; T-597 del 2009)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho irrenunciable que tienen las personas.</li> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión es un derecho imprescriptible, lo que indica que se puede reclamar en cualquier momento.</li> <li>- La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es un derecho esencial ya que tiene conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, al trabajo y a la igualdad, entre otros, en razón a que mediante dicha prestación el Estado pretende cumplir con el mandato constitucional de garantizar a todos los habitantes del territorio el “derecho irrenunciable a la seguridad social” (T-888 de 2001; T-609 de 2002; T-495 de 2003; T-1282 de 2005; T-1251 de 2005 y T-597 de 2009)</li> </ul> <p>- La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez dispuesta en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es aplicable a los casos en los cuales los aportes al sistema o el tiempo de servicios prestados a una entidad pública se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la regulación legislativa de seguridad social integral (T-972 de 2006; T-1088 de 2007 y T-286 de 2008). Para llegar a la anterior conclusión la Corte tuvo en cuenta las siguientes razones:</p>
--	--	--	--	--	--	--

							<p><u>1.)</u> Porque el sistema general de pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional,</p> <p><u>2.)</u> Porque el sistema de pensiones a efectos de las prestaciones económicas reconoce los tiempos cotizados con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema. <i>(Literal f del Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y el Art. 2 del Decreto 1730 del 2001)</i></p> <p><u>3.)</u> porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, “no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993. <b>(T-597 del 2009)</b></p>
63	4 de Noviembre del 2011	T- 836 del 2011	María Victoria Calle Correa	María Librada Alba de Medina contra CAJANAL E.I.C.E en Liquidación	Derecho a la seguridad social y al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	- Los derechos de naturaleza pensional como la indemnización sustitutiva de la pensión pueden ser reclamados en cualquier tiempo, por aquellas personas que teniendo la edad exigida para pensionarse no hayan cotizado el término suficiente para obtener su pensión, sin importar si dichas cotizaciones se efectuaron antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. <b>(C-624 del 2003)</b>

6						
4						

**PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO  
FRENTE A LA INDEMICACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN**



	Fecha de sentencia	Sentencia	Ponente	Accionante/ accionado	Escenario constitucional	Decisión	Reglas jurisprudenciales.
1	07 de Febrero del 2002	Tutela - 853 del 2001 <b>(Segunda instancia)</b>	Alier Eduardo Hernández Enrique.	María Trinidad Márquez contra el ISS.	Derecho al mínimo vital frente a la indemnización sustitutiva de pensión.	Tutelo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La acción de tutela es de carácter residual y subsidiario por cuanto sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal que le permita a las personas solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable. <b>(T- 449 de 1998 “ Corte Constitucional)</b></li> <li>- El derecho a la seguridad social es un derecho prestacional y adquiere el rango de fundamental cuando su afectación se encuentra en conexidad con un derecho fundamental (Vida, mínimo vital, salud, mínimo de subsistencia, etc.)</li> <li>- El derecho a la seguridad social es de aplicación inmediata, en aquellos eventos en los que está llamado a suplir el mínimo vital y básico de las personas de la tercera edad. <b>(T-339 de 1997 “C.C”)</b></li> <li>- En los eventos en los que se discuta la ocurrencia de un derecho pensional que no ha sido controvertido en la jurisdicción ordinaria y los intervinientes se encuentren en situación de debilidad manifiesta, se concederá la acción de tutela de manera</li> </ul>

							transitoria para proteger los derechos fundamentales, siendo viable por parte del Juez constitucional: 1.- Ordenar al solicitante acudir a la jurisdicción ordinaria en el termino de 4 meses de notificado el fallo de tutela, y 2.- <u>Hacer uso de la indemnización sustitutiva de pensión para evitar un perjuicio irremediable mientras se resuelve de fondo en la Jurisdicción laboral el reconocimiento o no del derecho pensional</u> . Ahora dado el caso en que la decisión del Juez ordinario sea favorable a lo pretendido por el solicitante la administradora de pensiones deberá descontar lo otorgado por indemnización sustitutiva concedida con ocasión de la tutela. <b>(Interpretación analógica de la sentencia T-101 del 2000 de la Corte Constitucional)</b>
2	17 de Julio del 2003	Expediente 477 del 2003- Acción de Nulidad por inconstitucionalidad	Ana Margarita Olaya Forero.	Sandra Viviana Rojas Ramírez contra el Gobierno Nacional.	Estudio de constitucionalidad y legalidad de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión. <i>(Inciso 1 del Art 1 del Decreto 1730 del 2001)</i>	Declaratoria de NULIDAD de la frase <b>“con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones”</b> , contenido en el inciso 1 del Art. 1 del Decreto Reglamentario 1730 del 2001.	- El espíritu del legislador no era limitar la indemnización sustitutiva por vejez sólo a los afiliados del ISS, ya que ello limitaría la posibilidad de los servidores públicos afiliados a una entidad administradora diferente al ISS cumplir con los requisitos para tener derecho a ese beneficio. Es cierto que la opción de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez en la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 sólo existía para los afiliados al ISS; sin embargo la nueva figura creada en la ley 100 cobija tanto a dichos afiliados como a los de una administradora diferente al ISS, pues no sería razonable y violaría el derecho a la igualdad que los afiliados a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, diferentes a éste, por el hecho de serlo, no les sea permitido, si se dan las condiciones que la misma ley establece

						<p>en su artículo 37, acceder a la prestación, pretextando la falta de tal beneficio en el régimen anterior que los gobernaba.</p> <p>- Uno de los requisitos que consagraba el inciso primero del Art. 1 del Decreto Reglamentario 1730, respecto de la indemnización sustitutiva era que las personas debían cumplir la edad y las semanas cotizadas <b><u>con posterioridad a la vigencia del Sistema General de pensiones</u></b>, sin embargo el Consejo de Estado bajo un estudio riguroso de constitucionalidad encontró que dicha disposición va en contravía de los postulados constitucionales (universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad) y legales (Art. 37 de la Ley 100); por lo que, declaró la NULIDAD de la frase <b><i>“con posterioridad a la vigencia del sistema General de Pensiones”</i></b>, la razón primordial para declarar la nulidad fue que el legislador en ningún momento limitó el cumplimiento de la edad bajo y las semanas cotizadas bajo el imperio del nuevo Régimen de seguridad social integral ( Ley 100), pues si el sentido de la norma hubiere sido de esta manera había dejado por fuera del sistema a aquellas personas que cumplieron el requisito de la edad y las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ocasionando la vulneración de derechos adquiridos de los beneficiarios; caso contrario fue de los requisitos de <b><i>“retiro del servicio a la seguridad social y la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando”</i></b> pues estos requisitos necesariamente deben cumplirse con la entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social para ser beneficiario de la</p>
--	--	--	--	--	--	--

							indemnización sustitutiva de pensión ya que el efecto de la Ley 100 es ultractivo.
3	26 de Octubre del 2006	Expediente 4109 del 2009 – Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho <i>(2da Instancia)</i>	Jaime Moreno García.	Rafael Suarez Pineda contra CAJANAL.	La indemnización sustitutiva de pensión en el marco de la Ley 100 de 1993.	Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia, modificando la sentencia en el reconocimiento del derecho.	<p>- En aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca el Consejo de Estado que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. <i>Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (Art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (Art. 53 ibidem), 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 (Art. 46).</i></p> <p>- El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no exige un número determinado de semanas cotizadas para que la persona pueda acceder a la indemnización sustitutiva o a la pensión de vejez; por el contrario, no haber cotizado el mínimo de semanas requeridas para la pensión de vejez es un presupuesto para la procedencia del derecho.</p>

						<p>- El espíritu del legislador no era limitar la indemnización sustitutiva por vejez sólo a los afiliados del ISS, ya que ello limitaría la posibilidad de los servidores públicos afiliados a una entidad administradora diferente al ISS cumplir con los requisitos para tener derecho a ese beneficio. 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 cubija 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. <b>(Sentencia del 14 de Abril del 2005, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Expediente. 477-03).</b></p> <p>- El Consejo de Estado precisa que: una cosa es que la persona que contaba a su favor con 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</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>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, el literal f que consagro lo siguiente: <u>“Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas 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.”</u> 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 Constitución 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 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 administradora de</p>
--	--	--	--	--	--	--

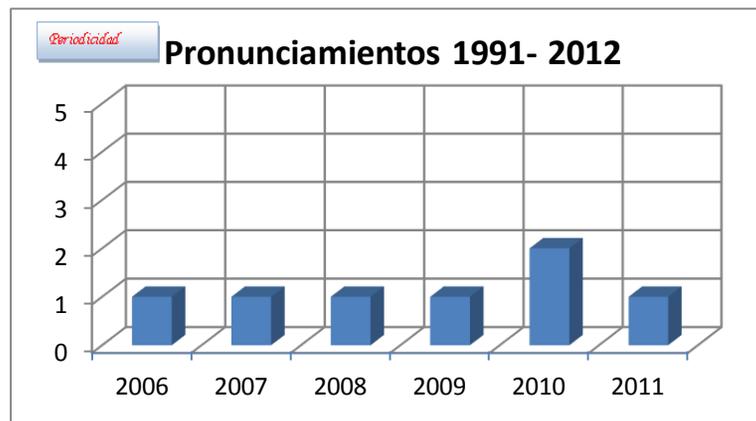
							<p>pensiones para reconocer el derecho a la indemnización sustitutiva, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuó aportes. <b>(Interpretación analógica de la Sentencia del 28 de Noviembre del 2002, expediente 2451 del 2002, Actor David Angulo, M.P. Jesús Lemos Bustamante)</b></p> <p>- Cuando en un proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho se solicita la Nulidad de un acto administrativo que negó la indemnización sustitutiva y el consecuente reconocimiento y pago de tal derecho, pero resulta probado del análisis legal y factico por el juzgador que el derecho que debe ser reconocido es el de <u>pensión de jubilación</u>, el Juez Contencioso deberá otorgar este derecho, en virtud del principio de favorabilidad, el derecho fundamental de pensión y entre otros derechos fundamentales. <b>(Sentencia C-197 de 7 de abril de 1999)</b></p>
4	24 de Octubre del 2007	Tutela - 1932 del 2007 <b>(Segunda instancia)</b>	Ligia López Días	Jorge Alfonso Vargas López contra el Ejército Nacional.	Derecho de petición frente a la pensión por invalidez.	Confirmando la decisión del Ad quo.	<p>- La acción de tutela no es procedente cuando se discuten derechos que deben ser resueltos en la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.</p> <p>- La acción de tutela debe ser interpuesta en los términos razonables <b>(Principio de inmediatez)</b>, no debe ser utilizada para revivir un trámite procesal que debió iniciarse en su momento.</p> <p>- La indemnización sustitutiva de pensión de invalidez reemplaza la pensión de invalidez cuando no se cumple los requisitos de Ley para ser beneficiario de ella.</p>

5	11 de Marzo del 2010	Expediente 984 del 2007 - Acción de Simple Nulidad. (Única instancia)	Luis Rafael Vergara - Quintero.	Pedro Nel Rivero Gómez contra el Gobierno Nacional.	Estudio de constitucionalidad y legalidad de las normas que reglamentan la indemnización sustitutiva de pensión. (Inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y del inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001)	Declaratoria de NULIDAD de la frase “afiliado” y “afiliados” contenido en el inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y del inciso 1 y el literal a del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001.	- Se declaró la NULIDAD de la frase “ <b>afiliado y afiliados</b> ” contenida en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y consecencialmente la NULIDAD de la frase “ <b>afiliado y afiliados</b> ” contenida en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001, por cuanto las citadas frases contempladas en las normas pretendían adicionar un requisito no contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y así mismo excluir de este beneficio ( <b>indemnización sustitutiva</b> ) a las personas que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se encontraban vinculadas, <i>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;</i> es decir, <b>retiradas del servicio activo</b> . Si bien es cierto, el sistema general de pensiones contempladas en la Ley 100 de 1993 se aplican a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 ibidem) salvaguardando los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas (Art. 289 ibidem), y se rige por los principios de universalidad, integridad y unidad. Ahora esta exigencia de ser <b>afiliado</b> al sistema general de pensiones estipuladas en las normas reglamentarias va en contraposición de los principios orientadores del sistema de seguridad social integral ( <b>universalidad, integridad y unidad</b> ) y también en contraposición del objeto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993.
---	----------------------	---	---------------------------------	---	--	---	---

						<p>Por lo que aceptar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se desconocería <b>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.</b></p> <p>- El Consejo de Estado reitero que para reconocer las pensiones y prestaciones <b><u>(Indemnización sustitutiva de pensión)</u></b> se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas o el tiempo de servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, <b>es decir las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos.</b></p> <p>- El Consejo de Estado reitero que la exigencia consagrada en el inciso 1 y el <i>literal a</i> del artículo 1 del Decreto 4640 del 2005 y a su vez contenida en el inciso 1 y <i>el literal a</i> del artículo 1 del Decreto 1730 del 2001, de <b><u>retirarse del servicio habiendo cumplido con la edad para pensionarse</u></b>, no indica que el afiliado deba cumplir la edad pensional estando en servicio para poder gozar de la indemnización sustitutiva de pensión, sino que la norma reglamentaria indica que <i>“si en ese momento se encuentra el afiliado en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque <b>no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización.</b></i></p>
--	--	--	--	--	--	---

								<p><i>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". (Sentencia del Consejo de Estado 168 del 2002, Magistrado Ponente Tarcisio Cáceres Toro )</i></p>
--	--	--	--	--	--	--	--	--

PROVIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN



	Fecha de sentencia	Sentencia	Ponente	Accionante/ accionado	Escenario constitucional	Decisión	Reglas jurisprudenciales
1	15 de Mayo del 2006.	Radicado 26630 <b>Recurso de Casación.</b>	Eduardo López Villegas.	María Teresa Osorio de Aguado contra el ISS.	Interpretación de las normas de prescripción en la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. (Art. 50 del Decreto 758 de 1990 y Art. 18 de la Ley 797 del 2003)	Casa la sentencia de segunda instancia y en consecuencia <b>reconoce y ordena el pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.</b>	<u>- ¿A partir de cuándo se comienza a contar el término de prescripción (1 año) para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente?</u>  Si bien es cierto, la prescripción de la norma comienza a contarse a partir de <i>la exigibilidad del respectivo derecho (Art. 50 del Decreto 758 de 1990)</i> , pero <i>¿Cuándo es exigible el respectivo derecho?</i> Para ello la Corte ha sentado su posición de la siguiente manera: 1.) Cuando exista reclamación administrativa sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente ó a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, el término de prescripción comienza a contar a partir de la fecha en que le resolvieron el respectivo derecho ya

							<p>sea en forma negativa o positiva. 2.) <u>Cuando no exista reclamación administrativa, el término de prescripción comienza a contar a partir de la fecha de la muerte del cotizante.</u></p> <p><b>OBITER DICTA:</b> Aplicación de la fórmula para determinar el monto de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente (Decreto 1730 del 2001)</p>
2	20 de Noviembre del 2007	Radicado 30123 <b>Recurso extraordinario de casación.</b>	Camilo Tarquino Gallego.	Nebardo Sánchez Becerra contra el ISS.	Interpretación del literal d del artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990. Así mismo se dio aplicación del Art. 38 y 39 de la Ley 100 en el caso concreto.	Casa la sentencia de segunda instancia y en consecuencia reconoce la pensión por invalidez.	<p>- <u>¿Cuándo una persona recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del ISS, le asiste el derecho a una pensión de invalidez común de esa misma entidad, por haber perdido su capacidad laboral en el porcentaje establecido en la Ley?</u></p> <p>A juicio de la Corte, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva. Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma</p>

					<p>contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez.</p> <p>Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que antes se le había negado la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.</p> <p>Además, advierte la Corte, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS (<i>Excluir del seguro a quienes hayan recibido del mismo la indemnización sustitutiva de vejez</i>), conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), pierda el cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son <b>la solidaridad, universalidad, integridad, participación, unidad y eficiencia.</b></p>
--	--	--	--	--	---

							En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.
3	25 de Julio del 2008	Radicado 35852 <b>Recurso de Reposición</b>	Luis Javier Osorio López.	Álvaro Rodríguez Saldarriaga Diez contra el ISS.	Desarrollo sistemático de la fórmula de la indemnización sustitutiva de pensión.	No recurrió por cuanto la cuantía no llegaba al tope para que fuere procedente el recurso de casación.	<b>OBITER DICTA:</b> Aplicación de la fórmula para determinar el monto de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente (Decreto 1730 del 2001)
4	25 de Marzo del 2009.	Radicado 34014 <b>Recurso de Casación</b>	Camilo Tarquino Gallego.	Ana Sofía Suárez de Sánchez contra el ISS	Interpretación del literal d del artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990.  <i>Pensión de sobreviviente frente a la indemnización sustitutiva de</i>	Casa la sentencia de segunda instancia y en consecuencia reconoce la <b>pensión de sobreviviente.</b>	<u>-¿Los beneficiarios de un afiliado que fallece, pierden o no el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado en vida recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?</u>  Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma

					<i>pensión de vejez.</i>		<p>contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria.</p> <p>La indemnización sustitutiva de pensión de vejez que se le cancela a un afiliado, es como su mismo nombre lo indica, sustituye esa prestación concretamente (pensión de vejez) y no las otras contingencias que también ampara el sistema, como la invalidez y la muerte, por lo que resulta equivocado un razonamiento diferente. A juicio de la Corte, cuando un afiliado al ISS, le aporte más de 300 semanas antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con <b>el principio de la condición más beneficiosa</b>, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990. <i>(Interpretación análoga se presentó en la Sentencia de casación radicada 25090 del 14 de Julio del 2005)</i></p>
5	21 de Mayo del 2010.	Expediente 18 2007 00473 01, <b>Grado jurisdiccional de CONSULT A.</b>	Lilly Yolanda Vega Blanco.	Belarmina Chipatecua contra el ISS.	La indemnización sustitutiva de pensión de vejez frente al régimen de transición.	Revoco la sentencia de primera instancia.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La indemnización sustitutiva de pensión no goza de los beneficios del régimen de transición, pues este es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez, invalidez o sobreviviente.</li> <li>- <b>Se debe cotizar en vigencia de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.</b></li> <li>- En los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva se reconoce a 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 aportando.</li> </ul>

							<p><b>OBITER DICTA:</b> Aplicación de la fórmula para determinar el monto de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente (Decreto 1730 del 2001)</p> <p>- La sanción de los intereses moratorios cuando se incurre en mora de la mesada pensional consagrada en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 no es viable para la indemnización sustitutiva de pensión. Por cuanto esta prestación no es y no se asimila a una mesada pensional.</p>
6	26 de Octubre del 2010.	Radicado 38620 <b>Recurso de Casación.</b>	Camilo Tarquino Gallego	Pablo Rodríguez Polo contra el ISS.	La exclusión de la indemnización sustitutiva de pensión sobre el régimen de transición.	No caso la sentencia de segunda instancia.	<p>- <b>La indemnización sustitutiva de pensión no goza de los beneficios del régimen de transición, pues este es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez, invalidez o sobreviviente;</b> verlo de otra forma sería estar en contravía del <b>principio de retrospectividad de la Ley</b>, consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia.</p> <p>Si el principio general es que las leyes sociales comienzan a regir inmediatamente se surten los trámites respectivos, el decaimiento de las que son derogadas se produce simultáneamente, a no ser que en la nueva normativa se conserve su subsistencia temporal, en este caso, bajo las condiciones impuestas por el nuevo ordenamiento. Precisamente, uno de estos eventos es el de los conocidos</p>

						<p>regímenes de transición, en los que, con el propósito de morigerar los efectos del tránsito de legislación que, regularmente comportan mayores exigencias para acceder a un derecho, afectan a aquellas personas que se encuentren cercanas a consolidarlo. En consecuencia, los beneficios que tal medida legislativa reporta, están circunscritos exclusivamente, en primer lugar, a quienes cumplan los requerimientos previstos -verbigracia: edad y tiempo de servicios-, y en segundo lugar, a las materias que, taxativamente, contemple la nueva ley, dado que se trata de una excepción a la regla general.</p> <p>Así las cosas, como el artículo 36 de la Ley 100 restringe el régimen de transición a las pensiones de vejez, y en forma más específica la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión, <b><u>la extensión a otros elementos que no estén expresamente mencionados en la regla de derecho que dispone la excepción, implicaría la ruptura con elementales y conocidas reglas de hermenéutica jurídica.</u></b></p>	
7	28 de Julio del 2011.	Impugnación al fallo de tutela 55232.	Alfredo Gómez Quintero.	Ana Joaquina Martínez de Rodríguez contra el ISS.	Derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, la igualdad frente a la indemnización	No impugno la decisión del ad quo.	- Si un servidor público muere antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y posteriormente en vigencia la Ley 100 sus herederos a título universal deciden reclamar la indemnización sustitutiva de pensión consagrada en dicha Ley, esta prestación económica debe ser denegada por las entidades administradoras de pensiones por cuanto al momento de la muerte del causante para los empleados públicos la legislación vigente era la Ley 71 de 1988 y esta disposición no contemplaba la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. Lo que

					sustitutiva de pensión de sobreviviente.		indica que la indemnización contemplada en la Ley 100 no tiene efectos retroactivos; verlo de otra forma sería estar en contravía del <b>principio de retrospectividad de la Ley</b> , consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia.
--	--	--	--	--	--	--	---