

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – Naturaleza jurídica y finalidad.

Dentro de las prestaciones previstas por el legislador en materia pensional para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación, se encuentra la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, definida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 - que creó el Sistema de Seguridad Social Integral-, en los siguientes términos: (...). Del contenido de la norma transcrita se desprende que la indemnización sustitutiva es una prestación encaminada a cubrir la contingencia de la vejez, en el evento que el afiliado que cuenta con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, no cumple con el de semanas cotizadas, manifestando su imposibilidad de seguir cotizando o su intención de no hacerlo. Ello conforme el literal p) del artículo 13 ibidem. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado: (...). Así, entonces, la indemnización sustitutiva es un derecho que se otorga a quien no logre acreditar los requisitos exigidos para obtener la pensión, que consiste en una compensación en dinero por cada semana cotizada al sistema de seguridad social, con la cual se garantiza el derecho a la seguridad social y, en muchos casos, el mínimo vital.”.

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – En principio incompatible con las pensiones de vejez y de invalidez.

Es entonces la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez una prestación alternativa a través de la cual se garantizan los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de quienes no lograron consolidar su derecho pensional; ahora, el carácter supletorio de la prestación es a la vez causa y consecuencia de la incompatibilidad que, en principio, se presenta entre el reconocimiento simultáneo de la prestación principal y de la que la sustituye. Así lo consagra el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. Que textualmente señala: Artículo 6º. Incompatibilidad. 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. Lo anterior, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que enlista las características del Sistema General de Pensiones, advirtiendo que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez; con todo, jurisprudencialmente se ha sostenido que “la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión”; quiere decir ello que la incompatibilidad es un aspecto que debe determinarse en concreto teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - Compatibilidad de reconocimiento pensional con la indemnización sustitutiva / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – Compatibilidad en el caso concreto con la pensión de vejez reconocida al demandante por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al régimen exceptuado de los docentes y haber sido vinculado antes de la Ley 812 de 2003/ INCOMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CON ESTA Y CON LA DE INVALIDEZ - Incompatibilidad a que hace referencia la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001 tiene por finalidad impedir que con los mismos aportes se financien dos prestaciones de manera simultánea / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - Compatibilidad en el caso concreto con la pensión de reconocida por el FOMAG al no hacer uso el actor como fuente de financiación los aportes realizados a COLPENSIONES.

Tal como se indicó previamente, el accionante pretende que se le ordene a Colpensiones que reconozca y pague a su favor la indemnización sustitutiva de la

pensión de vejez, la cual fue negada a través de los actos administrativos demandados. En primera instancia se accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el reconocimiento de una pensión de vejez dentro de uno de los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, no es incompatible con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que contempla el régimen de prima media, toda vez que los recursos con los que se financia tal prestación corresponden a los aportes de los afiliados y no pertenecen al Tesoro Público, luego no se configura la prohibición del artículo 128 de la C.P. Colpensiones, inconforme con la decisión, insiste en que la pensión de vejez reconocida al demandante por el Fomag, impide el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, por cuanto ello implica desconocer el artículo 128 de la C.P. Pues bien, para resolver lo pertinente empieza la Sala por señalar que de acuerdo con las pruebas aportadas, se encuentra acreditado que el señor Ramón Elías Leiva Villanueva es titular de una pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fomag a través de la Resolución No. 0378 del 5 de diciembre de 2008, prestación efectiva a partir del 22 de julio de 2008. Allí se informa que el demandante prestó sus servicios como docente oficial entre el 7 de mayo de 1979 y el 21 de julio de 2008. De acuerdo con ello -esto es, que su vinculación fue anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003-, es claro que tal reconocimiento pensional se hizo conforme el régimen exceptuado de los docentes oficiales afiliados al Fomag y no bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993. Se encuentra igualmente acreditado que el señor Leiva Villanueva cotizó a Colpensiones un total de 459.32 semanas, entre el 1º de septiembre de 1995 y el 30 de noviembre de 2004, por los servicios prestados al Instituto de Cultura de Boyacá y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; se tiene entonces que tales cotizaciones se realizaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Ahora, teniendo en cuenta que el accionante cumplió los 60 años de edad el 21 de julio de 2013, solicitó en diferentes oportunidades a Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, siendo una de ellas la radicada el 5 de noviembre de 2013, resuelta negativamente a través de los actos demandados. A la luz del escenario fáctico, pone de presente la Sala que el reconocimiento de la pensión de jubilación realizada al actor se hizo dentro del régimen exceptuado de los afiliados al Fomag, al acreditarse el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y para el cual no se tuvieron en cuenta las cotizaciones que realizó el demandante dentro del régimen de prima media ante Colpensiones, en esa medida, se concluye que las prestaciones no son incompatibles, en la medida que tienen fuentes de financiación autónomas y una reglamentación diferente. Sobre la compatibilidad de un reconocimiento pensional con la indemnización sustitutiva, el Consejo de Estado en sentencia del 2 de diciembre de 2021 sostuvo: “Al efecto, esta Subsección también concluyó que «el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 no regula un impedimento para que los fondos de pensiones estudien a cabalidad la probabilidad de reconocer un derecho pensional a un afiliado por el hecho de que le haya sido reconocida una indemnización sustitutiva, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente [...] y [d]e esta forma, se cumple con el mandato de incompatibilidad de las prestaciones, pero también se salvaguarda el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social en garantía de lo más favorable al trabajador».” (Negrilla añadida) Se tiene entonces que la incompatibilidad a que hace referencia la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, tiene por finalidad impedir que con los mismos aportes se financien dos prestaciones de manera simultánea, supuesto de hecho que no se configura en el presente caso, habida cuenta que la pensión reconocida por el Fomag al señor Leiva Villanueva, no usó como fuente de financiación los aportes realizados a Colpensiones. Entonces, si el demandante, en su calidad de afiliado a Colpensiones no logró dentro del régimen de prima media cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en la misma calidad cuenta con el beneficio de la indemnización sustitutiva, por cuanto de no accederse y no haberse traslado los aportes al Fomag para efectos de la financiación de la pensión reconocida por el Fondo, se presentaría un enriquecimiento sin causa de la entidad que recibió cotizaciones para la jubilación. Sobre la compatibilidad de

pensiones reconocidas por el Fomag y la indemnización sustantiva del régimen de prima media, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un sólido precedente en los siguientes términos: “En esas condiciones, es perfectamente válido que un docente preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien las prestaciones que reconoce el sistema general de pensiones, sin que por ello se genere incompatibilidad alguna entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848, CSJ SL451-2013 y CSJ SL1127-2022).”

PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN QUE PROVENGA DEL TESORO PÚBLICO – No se configura en el caso concreto por cuanto de conformidad con el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

Finalmente, en cuanto a la configuración de la prohibición del artículo 128 de la C.P. de accederse a las pretensiones, la Sala comparte los argumentos del *a quo* -que no fueron refutados por el apelante- en el sentido de precisar que si bien el fondo que administra los recursos de las cotizaciones es de naturaleza pública, no ocurre lo mismo con tales recursos, hecho que se desprende igualmente del artículo 13 que en su literal m) señala que “Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.”, luego no hay lugar a afirmar que los mismos provienen del Tesoro Público, como insiste la entidad accionada. Así las cosas, lo procedente es confirmar la sentencia de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, suele ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word quede con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333014201600089011500123

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA DE DECISIÓN CUARTA

Magistrado Ponente DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ

Tunja, nueve (9) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACCIONANTE: RAMON ELIAS LEIVA VILLANUEVA
ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES (en adelante **Colpensiones**)
RADICACIÓN: **150013333014 2016-00089 01**

Se decide la apelación interpuesta por la demandada contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja **accedió** parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demanda.

1. El señor Ramón Elías Leiva Villanueva incoó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Colpensiones, con el ánimo de obtener la nulidad de las Resoluciones No. GNR 258400 del 25 de agosto de 2015, No. GNR 339561 del 29 de octubre de 2015 y No. VPB 3522 del 25 de enero de 2016, mediante las cuales la demandada le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos contra tal decisión, respectivamente.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar a su favor indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas entre el 1º de septiembre de 1995 y el 30 de noviembre de 2004, a indexar las sumas que resulten a su favor, al pago de intereses moratorios, a dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 193 del CPACA y al pago de las costas.
3. Relató que prestó sus servicios en el Instituto de Cultura y Bellas Artes de Boyacá y en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, estando afiliado al Instituto de Seguros Sociales (en adelante **ISS**) entre el 1º de septiembre de 1995 y el 30 de noviembre de 2004, cotizando un total de 449.71 semanas, cuyos dineros no financiaron la pensión que le fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante **Fomag**). En octubre de 2010 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada a través de la Resolución No. 041676 del 11 de noviembre de 2011, razón por la cual posteriormente solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la cual fue igualmente negada a través de la Resolución No. GNR 292334 del 5 de noviembre de 2013.
4. Mencionó que el 20 de abril de 2015 insistió en el reconocimiento de la indemnización sustantiva, siendo negada con la Resolución No. GNR 258400 del 25 de agosto de 2015, decisión contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, resueltos mediante las Resoluciones No. GNR 339561 del 29 de octubre de 2015 y No. VPB 3522 del 25 de enero de 2016, respectivamente, que confirmaron la decisión inicial.
5. Sostuvo que los actos administrativos demandados violan las normas constitucionales y legales en las que debían fundarse, como los artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la C.P. y el artículo 37 de la Ley 100

de 1993. Precisó que el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva tiene lugar cuando se ha cumplido la edad de pensión sin haber cotizado el mínimo de semanas exigidas y se declara la imposibilidad de seguir cotizando; se trata entonces de una prestación que se reconoce a cambio de la pensión mensual de vejez, una vez se acreditan los mencionados requisitos, tal como ocurre en el presente caso.

Decisión de primera instancia.

6. En sentencia del 21 de marzo de 2019 el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por la entidad demandada denominadas **INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y BUENA FE DE COLPENSIONES**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la Nulidad de las **Resoluciones Nos GNR 258400 del 25 de agosto de 2015, GNR 339561 del 29 de octubre de 2015 y VPB 3522 del 25 de enero de 2016**, proferidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer, liquidar y pagar la INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA a que tiene derecho el señor **RAMÓN ELÍAS LEIVA**

VILLANUEVA identificado con CC No. 14.216.002 de Ibagué, en virtud del artículo 37 de la ley 100 de 1993, atendiendo para ello el número de semanas cotizadas al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (ahora COLPENSIONES), **entre el 01 de septiembre de 1995 al 01 de octubre de 2004**; liquidación que deberá realizarse bajo los lineamientos dispuestos en el **artículo 3° de Decreto 1703 de 2001**, aplicando para el efecto de determinar el valor de la indemnización sustitutiva la siguiente fórmula: **$I = SBC \times SC \times PPC$** . Por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

(...)

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, liquídense por secretaría y aplíquese el procedimiento establecido en el artículo 366 y ss del C.G.P.

SEXTO: Fíjese como agencias de derecho la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$480.000), que corresponde al 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de demanda, a cargo de la parte demandada.
(...)”

7. Para adoptar la anterior decisión, el *a quo* hizo referencia al marco normativo de la indemnización sustitutiva de la pensión, contenido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1730 de 2001, concluyendo que se trata de una prestación que, si bien no cumple con el cometido de la pensión, sí constituye un amparo contra las contingencias vejez, así como la garantía de recuperar los aportes efectuados. Enseguida, indicó que los aportes a pensión que se hacen tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual tienen el carácter de parafiscal.

8. Adicionalmente señaló que dos pensiones son compatibles cuando se tienen en cuenta tiempos de servicio diferentes, siempre que una corresponda a aquellas otorgadas por entidades públicas donde se toma en cuenta, para efectos de su reconocimiento, únicamente el tiempo de servicio allí prestado, y la otra sea reconocida por Colpensiones, que tiene en cuenta periodos cotizados tanto en el sector público como en el privado, máxime cuando los recursos que administran no son propiedad de la Nación ni de la administradora, no configurándose la prohibición del artículo 128 de la C.P.

9. Advirtió que conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, son compatibles las prestaciones que una persona reciba, por ejemplo del Fomag y del ISS, por tener origen y fuente diferente, además, porque en tratándose de docentes, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con un régimen exceptuado y conforme las previsiones del artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

10. Para el caso concreto, indicó que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones, en la medida que encontró acreditado que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte del Fomag al cumplir el requisito de edad y tiempo de servicios previstos en dicho régimen, y que cotizó para pensión al ISS por tiempos de servicio prestados como docente catedrático en la UPTC y empleado público de medio tiempo del Instituto de Cultura y Bellas Artes de Boyacá; en consecuencia, la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva que se solicita tienen orígenes diferentes, lo cual las hace compatibles, dado que los dineros de su financiación no provienen del Tesoro Público. Agregó que, si bien se cuenta con la posibilidad de solicitar la reliquidación de la pensión de vejez a efectos de acumular las cotizaciones, se trata de una decisión facultativa del afiliado, conforme el artículo 32 del Decreto 692 de 1994.

Recurso de apelación.

11. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando que la misma sea revocada. Para el efecto, sostuvo:

- El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que esta prestación está prevista para quienes no accedieron a la pensión de vejez por no contar con el número de semanas de cotización y la imposibilidad de seguir cotizando; sin embargo, en el presente caso está probado que el actor sí cuenta con una pensión de vejez reconocida por el Fomag.
- Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la pensión de vejez es incompatible con la indemnización sustitutiva.
- Conforme algunas providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí.
- El artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 17 del Decreto 549 de 1999, señala que todos los tiempos cotizados en el sector público y en el ISS son utilizados para financiar la pensión, de ahí que cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión, se entregará a quien reconoció la pensión, el valor equivalente a las cotizaciones.
- De accederse a la indemnización sustitutiva, el demandante percibiría dos asignaciones del erario público.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

12. Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, **i)** lo que se debate en esta instancia y la formulación del problema jurídico, **ii)** el análisis de la Sala, y **iii)** el estudio y solución del caso concreto.

LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

13. **Tesis del juez de primera instancia.** Concluyó que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin perjuicio de contar con pensión de vejez reconocida por el Fomag, en la medida que los dineros de los aportes realizados al ISS, no constituyen recursos del Tesoro Público, razón por la cual no se aplica la prohibición del artículo 128 de la C.P., máxime cuando el fundamento para el reconocimiento de una y otra no es el mismo periodo.

14. **Tesis de la apelación- accionada.** Inconforme, insiste en que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, habida cuenta que tal prestación está prevista para quienes no accedieron a la pensión de vejez, supuesto de hecho que no cobija al actor, dado que tiene pensión de vejez reconocida por el Fomag, siendo

prestaciones incompatibles dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. Por otro lado, afirmó que conforme el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 17 del Decreto 549 de 1999, todos los tiempos cotizados en el sector público y en el ISS son utilizados para financiar la pensión, de ahí que cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión, se entregará a quien reconoció la pensión el valor equivalente a las cotizaciones. El reconocimiento de la prestación solicitada implicaría que el demandante reciba dos asignaciones del erario público.

15. **Planteamiento del problema jurídico.** Valga precisar que en los términos del artículo 328 del CGP, la competencia del *ad quem* es definida los argumentos expuestos por el recurrente, debiendo pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante.

16. Así las cosas, la Sala contrae el problema jurídico a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; para el efecto, previamente será necesario determinar si tal reconocimiento constituye un desconocimiento de la prohibición del artículo 128 de la C.P. y si dicha prestación es compatible con la pensión de vejez reconocida por el Fomag.

LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

17. En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

-- El señor Ramón Elías Leiva Villanueva nació el 21 de julio de 1953.

-- Mediante la Resolución No. 0378 del 5 de diciembre de 2008 el Fomag le reconoció una pensión de jubilación al señor Ramón Elías Leiva Villanueva, efectiva a partir del 22 de julio de 2008.

-- El señor Ramón Elías Leiva Villanueva cotizó a Colpensiones un total de 449,46 semanas, entre septiembre de 1995 y noviembre de 2004.

-- A través de la Resolución No. 041676 del 11 de noviembre de 2011 el ISS negó la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez presentada por el demandante.

-- Mediante la Resolución No. GNR 292334 del 5 de noviembre de 2013 negó al actor el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, aduciendo que el solicitante se encuentra pensionado por el Fomag, configurándose la prohibición del artículo 128 de la C.P.

-- Colpensiones, por medio de la Resolución No. GNR 258400 del 25 de agosto de 2015 negó el reconocimiento y pago de la indemnización

sustitutiva de la pensión de vejez al actor, con fundamento en el Decreto 1730 de 2001.

-- Contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos negativamente a través de las Resoluciones No. GNR 339561 del 29 de octubre de 2015 y No. VPB 3522 del 25 de enero de 2016, respectivamente.

ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

18. La Sala confirmará la sentencia apelada, teniendo en cuenta que la prestación reclamada por el demandante, esto es, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez corresponde a una prestación del régimen de prima media con prestación definida del Sistema de Seguridad Social Integral creado en la ley 100 de 1993, y la pensión de vejez que le fue reconocida al actor, fue reconocida dentro de uno de los regímenes exceptuados del sistema integral, hecho que descarta la alegada incompatibilidad, toda vez que se trata de prestaciones con causa y fuentes de financiación diferentes, razón por la cual no se configura la prohibición del artículo 128 de la C.P. Entonces, el demandante, en su calidad de afiliado al régimen de prima media, cuenta con los derechos que dicho régimen consagra, como lo es la indemnización sustitutiva, puesto que no cumplió con los requisitos allí previstos para acceder a la pensión de vejez.

Naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva

19. Dentro de las prestaciones previstas por el legislador en materia pensional para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación, se encuentra la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, definida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 -que creó el Sistema de Seguridad Social Integral-, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 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.

20. Del contenido de la norma transcrita se desprende que la indemnización sustitutiva es una prestación encaminada a cubrir la contingencia de la vejez, en el evento que el afiliado que cuenta con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, no cumple con el de semanas cotizadas, manifestando su imposibilidad de seguir cotizando o su intención de no hacerlo. Ello conforme el literal p) del artículo 13 *ibidem*¹.

¹ **“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:
(...)

p. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. CONDICIONALMENTE exequible. El nuevo texto es el siguiente:> 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

21. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“El sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios, coexistentes y excluyentes, a través de los cuales se puede obtener el reconocimiento y pago de la respectiva pensión: el régimen solidario de prima media con prestación definida -RSMP- y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-.

(...)

No obstante lo anterior, en ambos regímenes solidarios surgen eventos en los cuales no es posible el reconocimiento de la pensión de vejez, porque no se cumplen las exigencias legalmente establecidas. En estos eventos, y ante la imposibilidad del afiliado de continuar efectuando sus aportes, **se abre paso el reconocimiento de una “indemnización sustitutiva” de la pensión -en el caso de las personas afiliadas al régimen de prima media que han cumplido la edad mínima para pensionarse- o a la “devolución de saldos” -en el caso de quienes se encuentran en el régimen de ahorro individual-.**

En cuanto a la indemnización sustitutiva, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispone que (...)

Lo anterior, **con el fin de garantizar el derecho fundamental al mínimo vital de aquellas personas que, pese a haber laborado o cotizado al Sistema de Seguridad Social durante toda su vida productiva, no logran conseguir una pensión para cubrir la contingencia de la vejez y, debido a su edad, no pueden asumir una actividad lucrativa, por lo que tan solo les queda sostenerse con los ahorros que lograron efectuar a lo largo de sus vidas.**

Así, entonces, la indemnización sustitutiva es un derecho que se otorga a quien no logre acreditar los requisitos exigidos para obtener la pensión, que consiste en una compensación en dinero por cada semana cotizada al sistema de seguridad social, con la cual se garantiza el derecho a la seguridad social y, en muchos casos, el mínimo vital.” (Negrilla añadida)

22. Es entonces la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez una prestación alternativa a través de la cual se garantizan los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de quienes no lograron consolidar su derecho pensional; ahora, el carácter supletorio de la prestación es a la vez causa y consecuencia de la incompatibilidad que, en principio, se presenta entre el reconocimiento simultáneo de la prestación principal y de la que la sustituye. Así lo consagra el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. Que textualmente señala:

Artículo 6º. Incompatibilidad. 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.

sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley;"

Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

23. Lo anterior, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que enlista las características del Sistema General de Pensiones, advirtiendo que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez; con todo, jurisprudencialmente se ha sostenido que *"la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión"*¹; quiere decir ello que la incompatibilidad es un aspecto que debe determinarse en concreto teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

24. Ahora, valga señalar que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media, el legislador estableció los siguientes requisitos², a saber, *i)* haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre³, y *ii)* haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo⁴; en cuanto a las semanas de cotización, la norma señala que para su computo se tendrán en cuenta, entre otros, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados.

25. Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social allí contenido no se aplica, entre otros, a los afiliados al Fomag, con todo, la norma señala que las prestaciones a cargo de dicho fondo son compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración; sin embargo, a la luz de lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, este régimen exceptuado estuvo vigente hasta el 27 de junio de 2003, de ahí que los docentes que se vincularan con posterioridad a esa fecha, se registrarían en materia pensional por el Sistema General de las Pensiones de la pluricitada Ley 100 de 1993.

¹ T-002A de 2017

² Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

³ "A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre."

⁴ "A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

CASO CONCRETO.

26. Tal como se indicó previamente, el accionante pretende que se le ordene a Colpensiones que reconozca y pague a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada a través de los actos administrativos demandados.

27. En primera instancia se accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el reconocimiento de una pensión de vejez dentro de uno de los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, no es incompatible con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que contempla el régimen de prima media, toda vez que los recursos con los que se financia tal prestación corresponden a los aportes de los afiliados y no pertenecen al Tesoro Público, luego no se configura la prohibición del artículo 128 de la C.P. Colpensiones, inconforme con la decisión, insiste en que la pensión de vejez reconocida al demandante por el Fomag, impide el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, por cuanto ello implica desconocer el artículo 128 de la C.P.

28. Pues bien, para resolver lo pertinente empieza la Sala por señalar que de acuerdo con las pruebas aportadas, se encuentra acreditado que el señor Ramón Elías Leiva Villanueva es titular de una pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fomag a través de la Resolución No. 0378 del 5 de diciembre de 2008, prestación efectiva a partir del 22 de julio de 2008. Allí se informa que el demandante prestó sus servicios como docente oficial entre el 7 de mayo de 1979 y el 21 de julio de 2008. De acuerdo con ello -esto es, que su vinculación fue anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003-, es claro que tal reconocimiento pensional se hizo conforme el régimen exceptuado de los docentes oficiales afiliados al Fomag y no bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993.

29. Se encuentra igualmente acreditado que el señor Leiva Villanueva cotizó a Colpensiones un total de 459.32 semanas, entre el 1º de septiembre de 1995 y el 30 de noviembre de 2004, por los servicios prestados al Instituto de Cultura de Boyacá y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; se tiene entonces que tales cotizaciones se realizaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Ahora, teniendo en cuenta que el accionante cumplió los 60 años de edad el 21 de julio de 2013, solicitó en diferentes oportunidades a Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, siendo una de ellas la radicada el 5 de noviembre de 2013, resuelta negativamente a través de los actos demandados.

30. A la luz del escenario fáctico, pone de presente la Sala que el reconocimiento de la pensión de jubilación realizada al actor se hizo dentro del régimen exceptuado de los afiliados al Fomag, al acreditarse el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y para el cual no se tuvieron en cuenta las cotizaciones que realizó el demandante dentro del régimen de prima media ante Colpensiones, en esa medida, se concluye que las prestaciones no son incompatibles, en la medida que tienen fuentes de financiación autónomas y una reglamentación diferente. Sobre la

compatibilidad de un reconocimiento pensional con la indemnización sustitutiva, el Consejo de Estado⁵ en sentencia del 2 de diciembre de 2021 sostuvo:

“Al efecto, esta Subsección también concluyó que «el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 no regula un impedimento para que los fondos de pensiones estudien a cabalidad la probabilidad de reconocer un derecho pensional a un afiliado por el hecho de que le haya sido reconocida una indemnización sustitutiva, **sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente [...]** y [d]e esta forma, se cumple con el mandato de incompatibilidad de las prestaciones, pero también se salvaguarda el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social en garantía de lo más favorable al trabajador».” (Negrilla añadida)

31. Se tiene entonces que la incompatibilidad a que hace referencia la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, tiene por finalidad impedir que con los mismos aportes se financien dos prestaciones de manera simultánea, supuesto de hecho que no se configura en el presente caso, habida cuenta que la pensión reconocida por el Fomag al señor Leiva Villanueva, no usó como fuente de financiación los aportes realizados a Colpensiones. Entonces, si el demandante, en su calidad de afiliado a Colpensiones no logró dentro del régimen de prima media cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en la misma calidad cuenta con el beneficio de la indemnización sustitutiva, por cuanto de no accederse y no haberse traslado los aportes al Fomag para efectos de la financiación de la pensión reconocida por el Fondo, se presentaría un enriquecimiento sin causa de la entidad que recibió cotizaciones para la jubilación.

32. Sobre la compatibilidad de pensiones reconocidas por el Fomag y la indemnización sustantiva del régimen de prima media, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un sólido precedente en los siguientes términos:

“En esas condiciones, es perfectamente válido que un docente preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien las prestaciones que reconoce el sistema general de pensiones, sin que por ello se genere incompatibilidad alguna entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848, CSJ SL451-2013 y CSJ SL1127-2022).”

33. Finalmente, en cuanto a la configuración de la prohibición del artículo 128 de la C.P. de accederse a las pretensiones, la Sala comparte los argumentos del *a quo* -que no fueron refutados por el apelante- en el sentido de precisar que si bien el fondo que administra los recursos de las cotizaciones es de naturaleza pública, no ocurre lo mismo con tales

⁵ Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección A, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 2 de diciembre de 2021, Radicación: 25000 23 42 000 2017 06200 01.

recursos, hecho que se desprende igualmente del artículo 13 que en su literal m) señala que “*Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.*”, luego no hay lugar a afirmar que los mismos provienen del Tesoro Público, como insiste la entidad accionada. Así las cosas, lo procedente es confirmar la sentencia de primera instancia.

DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

34. La Sala recuerda que la interpretación del artículo 188 del CPACA comporta un criterio objetivo – valorativo para la imposición de costas, lo cual implica que la condena en costas procesales se soporte en la evidencia de la causación y comprobación de aquellas. En el presente caso, no habrá condena en costas, pues pese a que el recurso de apelación interpuesto no prosperó, configurándose el supuesto del numeral 1º del artículo 365 del CGP, las mismas no se causaron en esta instancia. Por lo anterior, considera la Sala que no es procedente, en este caso, condenar en costas a la parte vencida.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Cuarta del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema “SAMAI”.

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala de decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente en SAMAI)
DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
Magistrado

Ausente con permiso
NÉSTOR ARTURO MÉNDEZ PÉREZ
Magistrado

(firmado electrónicamente en SAMAI)
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado