



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
RADICADO: 20-001-33-33-003-2013-00187-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por el Agente del Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 7 de marzo de 2018, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

"PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. PAP 007317 de fecha 28 de julio del 2010, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación, por la cual se negó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de vejez al actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE a título de restablecimiento del derecho, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP- reconocer y pagar a **JOSE MANUEL HERNANDEZ**, identificado con CC No. 5.128.610, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas aplicando para el efecto la fórmula que se indicó en la parte motiva de esta providencia.

Las sumas que resulte deber el accionado como consecuencia de esta providencia, deberán ser ajustadas al valor presente, como lo dispone el artículo 187 en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: A las anteriores declaraciones la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP-**, les dará cumplimiento dentro del término y en la forma señalados en los artículos 187, 189, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones, conforme a lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme a lo expuesto. Por secretaria practique la liquidación de costas en los términos arriba señalados.

SEXTO: DEVUÉLVASE a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones del caso".¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó el apoderado del señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ, que éste nació el 6 de julio de 1931 y que para 1° de abril de 1994 había cumplido más de 40 años de edad, lo que lo hacía beneficiario del régimen de transición, además para el día 6 de julio de 1996, cumplió 55 años de edad, lo que lo hacía merecedor de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Relató, que el demandante prestó sus servicios en dos entidades públicas, como fueron el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" y la empresa EMPOCESAR LTDA que se encuentra en liquidación, sumando un tiempo de servicio en ambas entidades de 14 años, 7 meses, equivalentes a 750 semanas.

Finalmente, narró que su poderdante presentó el día 13 de enero de 2010 ante CAJANAL EICE en liquidación, reclamación de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que mediante Resolución No. PAP 0077317 de fecha 28 de julio de 2011, esta entidad dio respuesta negativa a la misma.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. PAP-007317 del 28 de julio de 2010, mediante la cual la entidad demandada negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante, como consecuencia de ello, se le condene a reconocer y pagar le indemnización anteriormente mencionada a favor del señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ.

Asimismo pretende, que se condene a la entidad demandada a pagar a favor del actor, los valores adeudados debidamente indexados y actualizados de conformidad al I.P.C. e igualmente a pagar los intereses moratorios, tasados y liquidados de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Financiera.

Finalmente solicita, que se ordene que la sentencia sea cumplida de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y en lo establecido en la sentencia C-188 del 24 de marzo de 1999, además que sea

¹ Ver Folio 158 y 159

condenada la entidad demanda a pagar las costas y agencias en derecho que se determinen en el proceso.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la parte demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto el acto acusado gozaba de legalidad, la cual correspondía desvirtuar a la parte demandante, conforme a las normas aplicables al caso y las pruebas aportadas al proceso.

Relató, que el acto acusado expuso claramente los argumentos para negar la prestación reclamada, dado que el actor nunca fue aportante al sistema de seguridad social en pensiones en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que se evidenció que éste laboró y realizó aportes hasta el año 1985, por lo tanto no cumplía con los requisitos señalados para la indemnización sustitutiva, dado que el sistema de seguridad social en pensiones realiza la liquidación de la indemnización sustitutiva basado en las cotizaciones realizadas al sistema y no en los aportes que se realizaron con anterioridad a la creación de dicha prestación.

Agregó, que existen dos razones jurídicas que le no le permiten a la entidad demandada reconocer la indemnización sustitutiva, la primera es el hecho de que el demandante estuvo vinculado laboralmente y aportando a CAJANAL EICE hoy liquidada, sólo hasta el año 1985, antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993 y por otro lado, el hecho de que por no tener cotizaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993, es imposible realizar la liquidación de la prestación solicitada.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia de la obligación, Legalidad del acto acusado y Prescripción"*.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Valledupar accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró la a quo, que el actor era beneficiario del derecho consistente en la devolución de aquellos aportes que no han sido utilizados para su reconocimiento pensional, toda vez que cotizó en CAJANAL un total de 5.248 días laborados, los cuales no fueron computados para recibir su pensión de vejez, por lo tanto deben ser devueltos en calidad de indemnización al cotizante o sus beneficiarios.

Afirmó, que no pueden tenerse como válidos los argumentos planteados por la demandada en los considerandos del acto acusado y en la contestación de la demanda, en donde se indicó que los tiempos cotizados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se podían tener en cuenta para ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva deprecada, pues en materia laboral rigen los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y desconocerlos equivaldría a menoscabar la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, así como también los precedentes jurisprudenciales que citó.

En virtud de lo anterior, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los términos señalados al inicio de esta providencia.

V.- RECURSOS INTERPUESTOS.-

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada, toda vez que en el acto administrativo fueron expuestos los argumentos pertinentes sobre la negación de la prestación reclamada, básicamente porque el demandante nunca fue aportante al sistema de seguridad social en pensiones en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Agrega, que del actor sólo se registra que laboró y realizó aportes hasta el año 1985 y desde esa perspectiva, no cumple con los requisitos señalados para la indemnización sustitutiva, dado que el sistema de seguridad social en pensiones realiza la liquidación de dicha indemnización basado en las cotizaciones realizadas al sistema y no en los aportes que se realizaban con anterioridad a la creación de ésta, por lo que indica que hasta la fecha de retiro del demandante como trabajador, no existía la figura de la indemnización sustitutiva.

Afirma, que el señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ no ostenta salario base de liquidación, por lo tanto se le imposibilita a su representada liquidar la prestación requerida, por ello y los anteriores argumentos, solicita que sea revocada la sentencia apelada, se nieguen las pretensiones de la demandada y se absuelva a su representada de cualquier condena.

Por su parte, el Procurador 47 Judicial para Asuntos Administrativos de Valledupar luego de un análisis del marco legal y jurisprudencial aplicable al caso y en consideración a las pruebas allegadas al proceso, afirma que se encuentra de acuerdo con el a quo con respecto a que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una prestación económica íntimamente ligada al derecho a la seguridad social de carácter imprescriptible, sin embargo, ello no es óbice para que el señor Hernández ejerza el derecho de acción fuera del plazo previsto legalmente so pena de caducidad.

Afirma, que la indemnización sustitutiva es una prestación que entraña un emolumento de pago único, por ello no reviste la calidad de prestación periódica, por lo tanto el ejercicio del derecho de acción para el presente asunto, está sujeto al término de caducidad previsto en el artículo 164 numeral 2°, literal D del C.P.A.C.A., es decir, dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo.

En virtud de lo anterior, considera que la juez de primera instancia no debió dictar sentencia de fondo, como quiera que en el presente asunto operó la caducidad del derecho de acción, es decir, no se cumple con uno de los presupuestos procesales, razón por la cual solicita que sea revocada la sentencia.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de la parte demandada, presenta sus alegatos de conclusión, reiterando lo señalado en su recurso de apelación.

De otro lado, el apoderado de la parte demandante presenta sus alegaciones finales, manifestando que no se deben considerar como válidos los argumentos de

la entidad demandada, toda vez que los mismos no cuentan con ningún fundamento fáctico ni jurídico que desvirtúen los hechos y las pretensiones de la demanda, por el contrario, se arrimaron pruebas, soportes legales y constituciones desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, que demuestran que las personas que cumplen con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez y que no están en condiciones de continuar cotizando para la misma, tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, independientemente que las cotizaciones para contingencia se hayan causado antes o después de entrar en vigencia el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al recurso de apelación del Ministerio Público, afirma que el criterio tomado por éste, se aleja de su papel como representante de la sociedad que debe velar por los derechos de los más desprotegidos, como lo es el de su poderdante, teniendo en cuenta que es una persona que en la actualidad cuenta con más de 86 años de edad y que por lo tanto su única esperanza de vida es el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Menciona, que de conformidad a las normas y la jurisprudencia, su poderdante merece en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, un tratamiento especial dado el carácter de derecho adquirido, cierto e irrenunciable que en ningún caso puede ser susceptible de transigirse o conciliarse en detrimento del status jurídico previo y legalmente adquirido, por lo tanto dicho derecho lo exime del cumplimiento de las normas de caducidad y prescripción aplicables en los términos generales a los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos luego de analizar la naturaleza jurídica del tema de autos señala, que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una prestación periódica, por lo tanto a los actos administrativos que definen negativa o positivamente su reconocimiento le es aplicable el término de caducidad.

En virtud de lo anterior precisa, que en el asunto de autos operó la caducidad del medio de control, razón por la que solicita que se revoque la sentencia apelada.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si le asiste o no el derecho al señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ, a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le cancele la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o si por el contrario, no le asiste este derecho por haber efectuado cotizaciones antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, antes de analizar el fondo del asunto, la Sala deberá estudiar la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con el fin

de determinar si es procedente o no la declaratoria del fenómeno jurídico en el caso concreto, para ello, se deberá traer a colación los antecedentes jurisprudenciales sobre las diferencias entre indemnización y prestación social, prescripción y caducidad, y su aplicabilidad en casos como el sub examine, todo ello teniendo en cuenta que el Ministerio Público en el recurso de apelación sostiene que el medio de control se encuentra caducado.

8.3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA INMDENIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Por mandato del artículo 48 de la Constitución Política se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, entendida como un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción, entre otros principios, al de universalidad, definido por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 como la *"garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida."*

Sobre el tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el derecho a la seguridad social es un derecho constitucional fundamental, dado su íntima relación con los derechos a la vida (art. 11), al trabajo (art. 25) y a la salud (art. 49)².

Así mismo, la Constitución Política en sus artículos 46, 47 y 53 dispone que el Estado debe garantizar a las personas de la tercera edad los servicios a la seguridad social integral; adelantando políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; así como también al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, incluye la garantía a la seguridad social.

Adicionalmente, en virtud del precepto del artículo 93 constitucional, según el cual los convenios y pactos internacionales son fuente de interpretación de los derechos humanos, es posible aplicar la normatividad relativa a la seguridad social, contenida en tales ordenamientos.

Ahora, el derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez fue consagrado por la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que en su artículo 11 dispuso:

"El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional..."; y, "regirá a partir del 1º de abril de 1994...", por virtud de su artículo 151. A su vez el artículo 289, dispuso: "La presente ley rige a la partir de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga las disposiciones que le sean contrarias...". (Sic)

Lo anterior quiere decir, que el derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue consagrado en la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual salvaguarda los derechos adquiridos y deroga las disposiciones que le sean contrarias, disponiendo en el artículo 37, lo siguiente:

"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

² Ver sentencias C-134 y T-011, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-116 y T-356 M.P. Hernando Herrera Vergara, entre otras

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.” (Sic).

De la disposición trascrita la Sala advierte que el legislador creó el derecho a recibir, en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que por alguna razón, al cumplir la edad pensional no alcanzaron a completar el tiempo de servicio requerido para acceder a una pensión de jubilación pero que cotizaron a una entidad de previsión.

Ahora bien, al analizar la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva, necesariamente se debe distinguir entre indemnización y prestación social, para lo cual se traerá a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado³ que ampliamente establece las diferencias entre una y otra, catalogando finalmente a la indemnización sustitutiva como una prestación que no se recibe habitual y periódicamente sino que es un sólo pago, así:

“...pese a que tanto las prestaciones sociales como las indemnizaciones se traducen en la obligación de realizar un desembolso de dinero, unas y otras atienden a finalidades distintas: por un lado, las prestaciones sociales tienen como finalidad cubrir un riesgo, mientras que las indemnizaciones tienen como finalidad resarcir o compensar un perjuicio.

En esa medida, no podría decirse que con la indemnización sustitutiva se logra cubrir un riesgo, pues no se trata de una suma que habitualmente vaya a percibir el ex trabajador y que le va a permitir subsistir por el resto de su existencia (y de esa manera cubrirla contingencia propia de la merma de su capacidad laboral por el hecho de alcanzar determinada edad), sino que se trata de un único pago que está dirigido a aminorar las dificultades a las que puede verse sometido un ciudadano por la falta de una pensión para cubrir con las necesidades de la vejez, y que tiene como causa el haber realizado aportes al sistema de seguridad social.

Ahondando en el estudio, debe tenerse en cuenta que existen unas prestaciones que el trabajador percibe habitualmente, denominadas «periódicas» y que tal como se demostrará a continuación, la indemnización sustitutiva no se encuentra dentro de las mismas.

Al respecto, esta corporación señaló:

«Por regla general la posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido, dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.⁴

³ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 19 de julio de 2017, radicado: 25000232500020110072101, M.P Gabriel Valbuena Hernández

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Expediente 4145 - 05, consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA.

De la cita se desprende que la nota característica de las «prestaciones periódicas» es que son sumas que se perciben de manera habitual.

Es por lo anterior que para esta Sala resulta evidente que la naturaleza jurídica de la figura objeto de estudio es precisamente la de indemnización y no de prestación, y además que, dado que la misma no se percibe habitualmente, no puede tenerse por «periódica».

De lo anterior se concluye que pese a que existen razones de peso que permiten afirmar que el derecho al pago de la indemnización sustitutiva no es susceptible de prescripción (tal como se estudiará más adelante), su naturaleza jurídica dista de aquella que le corresponde a la pensión.» (Sic)

Lo anterior quiere decir, que la indemnización sustitutiva es un pago único que percibe el trabajador para aminorar las dificultades a las que se ve sometido al no alcanzar a percibir una pensión, por lo tanto, evidentemente no puede catalogarse como una prestación periódica, como sí lo sería la pensión.

Ahora bien, es menester diferenciar entre los términos prescripción y caducidad, para ello, se cita un precedente del Consejo de Estado, Corporación que repetidamente ha dejado claro uno y otro fenómeno, así:

(...) La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. Es decir que el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, en cuanto a la nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses lo cual se constituye como un instrumento que mantiene y protege la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para la estabilidad social de sus integrantes. Mediante sentencia de 26 de marzo de 2009, actor Jose Luis Acuña Henríquez, radicado 1134-2007 (...) "El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial." En este orden de ideas, la acción prevista debe interponerse dentro del plazo indicado para cada acción so pena de incurrir en caducidad de la acción, que para el caso de los actos administrativos de carácter prestacional implica la pérdida de los derechos incluidos en cada acto, los cuales pueden solicitarse nuevamente ante la administración, evento en el cual se genera un nuevo acto con un nuevo término perentorio. Sin embargo, el numeral 3 del artículo 136 del C.C.A., establece que la acción sobre los actos presuntos se puede ejercer en cualquier tiempo, lo que significa que en los casos en los que se configura un acto ficto o presunto producto de un silencio de la Administración, no existe término perentorio alguno que de cabida al fenómeno de la caducidad (...)" (Se subrayó)

(...) La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos,

para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente (...), estableció los siguientes parámetros: "La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: "El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;". De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.

(...) La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: "PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años (...)"⁵ (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, la prescripción se relaciona con el derecho, mientras que la caducidad tiene que ver con la oportunidad para acudir a la jurisdicción a instaurar un medio de control, que de operar, limita al juez a pronunciarse sobre el fondo de una controversia.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es un derecho imprescriptible, así:

"2.1.1 La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez [7] (indemnización sustitutiva), es un derecho consistente en el pago de una suma determinada de dinero, equivalente a los aportes realizados por una persona al sistema de seguridad social en salud, actualizados a valor presente de acuerdo con la fórmula legalmente establecida, cuando el afiliado se ve imposibilitado para

⁵ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 7 de septiembre de 2015, radicado: 270012333000201300346.01., M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

acceder a la pensión de vejez, por no cumplir con el requisito de tiempo, exigido por la Ley.

(...)

Sin embargo, vale la pena anotar desde ahora, que la situación de vulnerabilidad del sujeto que reclama la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, es superior a la de quien reclama la pensión de vejez, porque mientras éste cuenta con un ingreso mensual durante el resto de su vida, aquel tiene que subsistir el tiempo de vida que le queda, con una suma fija, sin importar, bajo el supuesto improbable de predecir la fecha de defunción del beneficiario de la prestación, que el prorrateo de la misma, arroje mesadas inferiores al salario mínimo mensual legal vigente.

(...)

En conclusión, el derecho a la pensión en sí mismo es imprescriptible, pero el derecho a cobrar las mesadas pensionales sí puede someterse al fenómeno de la prescripción porque no atenta contra el derecho fundamental a la seguridad social y establece un ambiente de seguridad jurídica que beneficia los dos extremos de la relación laboral. La reflexión acerca de la suerte que debe seguir la reclamación de una indemnización sustitutiva o devolución de saldos en materia de prescripción, se debe hacer sobre esta misma línea de pensamiento porque los sujetos que no pudieron cotizar lo suficiente para acceder a una pensión de vejez se encuentran en una situación de indefensión mayor, que aquellos que lo lograron. Entonces, por correspondencia lógica, la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad que se divulga del derecho a la pensión, también debe predicarse del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva o devolución de saldos.”⁶ (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

En ese orden de ideas, si analizamos el asunto de marras, atendiendo los parámetros antes citados, tendríamos que le asistiría razón al Ministerio Público al afirmar que el medio de control en estudio estaría caducado, como quiera que al no ser la indemnización sustitutiva una prestación periódica, no es susceptible de demandarse en cualquier tiempo, y, en el asunto de marras, ésta fue negada al actor a través de la Resolución PAP No. 007317 del 28 de julio de 2010, notificada en Edicto el cual se desfijó el 28 de octubre de 2010⁷, lo que quiere decir que el término de caducidad de 4 meses establecido para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 164 del CPACA), caducaría el 1° de marzo de 2011, por lo tanto, cuando se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial como requisito previo a demandar (9 de octubre de 2012)⁸, el fenómeno jurídico de caducidad ya había fenecido con creces.

No obstante lo anterior, bajo el entendido de que el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible, el Consejo de Estado ha considerado que resultaría injusto que quien efectuó aportes para obtener el derecho a la pensión que en últimas no alcanzó a obtener, vea perdido su derecho a obtener la indemnización sustitutiva, sólo porque el derecho de accionar se encuentra fenecido, por ello, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en un caso similar al presente precisó, que en tales circunstancias, el fallador debe anteponer el derecho sustancial sobre el formal, debiendo por tanto inaplicar la norma de la caducidad en virtud del principio de primacía de lo sustancial sobre las formas, así:

⁶ T-155 de 2011 Corte Constitucional

⁷ Como se desprende del Cd, documento No. 45, visible a folio 99

⁸ Ver folio 31

"Sin embargo, por la diferencia en el tratamiento respecto de las figuras de prescripción y caducidad, podría llegarse a presentar una situación paradójica en la que un adulto mayor, en especiales condiciones de vulnerabilidad tendría un derecho sustancial pero no lo podría hacer efectivo desde el punto de vista procesal por la operancia de la caducidad.

Es decir que si se declara de oficio la excepción de caducidad, habría que concluir que el señor BARRIOS TOVAR eventualmente (aspecto que se desarrollará a continuación) tendría desde el punto de vista sustancial derecho a obtener una indemnización sustitutiva; pero que no podría hacerlo efectivo desde el punto de vista procesal, pues operó el fenómeno de la caducidad.

Es necesario poner de presente que hipotéticamente se podría declarar que operó el mencionado fenómeno pero que ello no implica que el actor haya perdido el derecho. Sin embargo, ello no es posible por las razones que se exponen a continuación: por una parte, porque la entidad demandada perfectamente podría excusarse de contestar de fondo la solicitud argumentando que ya ha dado una respuesta a la petición y que con la misma se busca revivir términos. Por otra parte, porque una decisión en tal sentido riñe con los principios de eficacia, economía y celeridad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. Y, por último y más importante, porque de aceptarse tal posición, se desconocerían derechos fundamentales de un adulto mayor, que tal como se anunció previamente, se encuentra en especiales condiciones de vulnerabilidad, toda vez que se pondría en peligro el mínimo vital, el derecho a la seguridad social y la vida digna, a lo que cabe agregar el hecho de que precisamente los aportes constituyen un ahorro del trabajador y por lo tanto, que el privarlo de los mismos en beneficio de la administración resulta injusto y puede constituir un enriquecimiento sin causa de esta.

Es por lo anterior que en el caso concreto, de llegarse a aplicar de manera estricta el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se haría nugatorio el derecho sustancial de una persona que requiere de una especial protección, a partir de una aplicación rigurosa de la normativa procesal, lo que claramente constituye un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

En ese sentido, es preciso recordar que en el artículo 228 de nuestra Constitución Política se encuentra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. Y además, que en el artículo 4 de la misma se encuentra el principio de prevalencia de la Constitución.

(...)

La Corte Constitucional ha señalado que, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Así lo sostuvo en la Sentencia C-029 de 1995, precisamente cuando declaró exequible el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, antes citado:

"Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial", está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la

realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio."

(...)

4.2. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por "exceso ritual manifiesto" cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales»¹⁰.

Como se desprende de la sentencia transcrita, no es posible sacrificar un derecho sustancial en aras de la aplicación rigurosa de las normas procesales pues ello deviene en un defecto procedimental por «exceso ritual manifiesto».

Además, puede consistir en una violación directa de la Constitución Política. En esa medida, al juez que encuentre que existe una contradicción entre un derecho fundamental (vida digna, mínimo vital, derecho a la seguridad social) y una norma de rango legal (como lo es el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo), debe inaplicar esta última en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política. Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1994, en los siguientes términos:

«2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

(...)

Como se desprende de manera clara del aparte transcrito, existe un mandato que le impone al juez unas precisas obligaciones que se desprenden de la naturaleza de los derechos que se busca proteger. Así las cosas, en casos como en el actual, en los cuales la efectividad de un derecho fundamental de carácter sustancial se podría ver afectado por una norma de rango legal y procedimental, es necesaria su intervención, para proteger la efectividad del derecho de naturaleza superior.

De acuerdo con lo expuesto, si bien es cierto que la indemnización sustitutiva y la pensión tienen una naturaleza jurídica distinta y que en efecto en nuestro ordenamiento jurídico existe una diferencia entre prescripción y caducidad, esta Sala ordenará inaplicar por inconstitucional la disposición contenida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en el caso concreto⁹. (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

En virtud de lo anterior, como el precedente que se acaba de transcribir es similar al que aquí se debate, esta Corporación empleará el mandato jurisprudencial en el asunto de autos inaplicando el artículo 164 del CPACA, ello teniendo en cuenta que lo contrario, conllevaría a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del actor, quien entre otras cosas, es

⁹ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 19 de julio de 2017, radicado: 25000232500020110072101, M.P Gabriel Valbuena Hernández.

considerado una persona de especial protección constitucional¹⁰, debiéndose por tanto protegerlos en aplicación del principio de primacía de lo sustancial sobre las formas.

8.5.-CASO CONCRETO.-

Así las cosas, encontrándose expedita la vía para analizar el fondo del asunto, la Sala se encargará de estudiar, si al señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ no se le puede reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama, por cuanto según la entidad apelante, éste efectuó aportes a pensión con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, como se indicó en párrafos anteriores, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, está contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, según el cual, *"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."* (Sic).

De la disposición trascrita la Sala advierte, que el legislador creó el derecho a recibir, en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que hayan cumplido el requisito de la edad pero no el del tiempo de servicios y que hubiesen declarado la imposibilidad de continuar cotizando.

Ahora bien, con relación al problema jurídico planteado, se advierte que el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso se ha pronunciado en diferentes oportunidades, tal y como fue ampliamente tratado en el fallo de primera instancia, y que vale la pena traer nuevamente a colación, así:

"(...) Respecto a la aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sentencia T-849A de 24 de noviembre de 2009, M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, afirmó lo siguiente:

"(...) En relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar:

"[E]l derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa". (Negrillas fuera de texto)

¹⁰ Como quiera que es una persona de la tercera edad, que cuenta con 88 años en la actualidad, por lo que constitucionalmente es considerada una persona de especial protección del Estado.

Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 Superior. (...)

Lo anterior permite concluir que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumpla la edad para obtener la pensión de vejez pero no cumple el mínimo de semanas exigidas antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando¹¹.

En este orden de ideas, en aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la Ley 100 de 1993, se ordenará el reconocimiento de la indemnización sustitutiva causada el 18 de julio de 2005, fecha en que la actora optó por manifestar la imposibilidad de seguir cotizando y por tanto la Entidad demandada debió proceder a liquidarla teniendo en cuenta los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001¹². (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

De las líneas jurisprudenciales transcritas anteriormente, considera la Sala que quedan desvirtuados los argumentos expuestos por la apoderada recurrente, relacionados con que no es posible conceder la indemnización solicitada porque el actor nunca efectuó aportes al sistema de seguridad social en pensiones en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto ese tema ha sido clara y reiterativamente expuesto por el Consejo de Estado, en el sentido de señalar que ello no incide en nada para su reconocimiento.

En ese orden de ideas, es menester analizar si en el sub examine, el demandante reúne los requisitos consagrados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pues de ser ello así, sería procedente acceder a las pretensiones invocadas.

Así las cosas, se demostró en el plenario que el señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ nació el 6 de julio de 1931. (Folios 10 y 11).

Según las certificaciones laborales, visibles a folios 12, 16 y 107 a 111, el señor JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ, laboró en el INCORA y en Empocesar Ltda, desde el 16 de enero de 1969 hasta el 15 de junio de 1974, y, del 16 de octubre de 1976 hasta el 15 de diciembre de 1985, respectivamente, cuyos aportes para pensión, fueron girados a CAJANAL en el último periodo señalado. (FI 16).

A folios 21 a 24 del expediente se avizora la Resolución PAP No. 007317 del 28 de julio de 2010, por medio de la cual, CAJANAL EICE, le negó una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al demandante.

En ese orden de ideas, conforme al acervo probatorio existente, se concluye que el actor reúne y acredita los presupuestos legales para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez cuenta con la edad para acceder a la pensión, pero no cotizó el tiempo de servicio requerido para acceder

¹¹ En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 19 de febrero de 2009. Radicación No.25000-2325-000-2005-05429-02(0720-08). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

¹² Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 1º de septiembre de 2011, radicado: 25000-23-25-000-2008-00058-01(1373-09), M.P BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ

al derecho pensional y se encuentra imposibilitado para seguir cotizando, tal como lo declaró ante la entidad demandada con el derecho de petición visible a folios 19 y 20.

En virtud de lo anterior, se acreditan los presupuestos requeridos para acceder a las pretensiones de la demanda, tal y como lo consideró el a quo.

Ahora, respecto a que es imposible para la demandada, realizar la liquidación de la prestación solicitada, pues el demandante no tiene cotizaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993, estima la Sala que, tal y como lo dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la indemnización aquí reconocida, *"deberá ser 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"*, razón por la cual, son esas las bases que debe tener en cuenta la entidad demandada al momento de hacer la liquidación respectiva.

En consecuencia, esta Sala confirmará el fallo apelado, con fundamento en los argumentos anteriormente transcritos.

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 7 de marzo de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

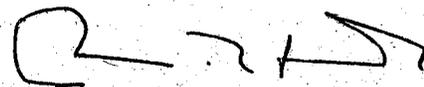
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

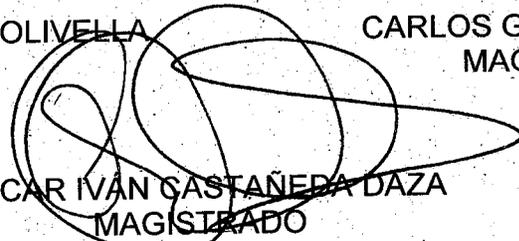
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No.017, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
PRESIDENTE



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑERA DAZA
MAGISTRADO