

Sentencia T-155/11

## INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Concepto

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 1150 semanas que se requieren para tener derecho al pago de una pensión de jubilación. Cuando el trabajador pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha prestación se denomina devolución de saldos, y se genera porque el capital ahorrado no alcanza para ser retornado en forma de mesadas pensionales, equivalentes o superiores a un salario mínimo legal mensual vigente.

## PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS PENSIONES E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA O DEVOLUCION DE SALDOS

El término de prescripción es predicable únicamente de las mesadas pensionales no reclamadas y deducido del contenido de las prestaciones, que la situación de desprotección es mayor en quien recibe la indemnización sustitutiva que en quien recibe la pensión de vejez, razón por la cual estima la Sala que en el presente caso, dar aplicación al artículo 50 del Decreto 758 de 1990, constituye una decisión que viola directamente los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con sujeción a los cuales el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de la seguridad social. Ello se debe a que la indemnización sustitutiva hace las veces de la pensión con que cuenta quien no alcanzó a cotizar lo suficiente

Referencia.: expediente T-2844320

Acción de tutela instaurada por Rosa Ortiz Bolaños contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Adriana Chethuán.

Bogotá, DC., ocho (8) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, el 14 de septiembre de 2010, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, el 27 de agosto de dos mil diez 2010.

### I. ANTECEDENTES

#### Hechos

La ciudadana Rosa Ortiz Bolaños, nacida el 2 de junio de 1928, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, con base en los siguientes hechos:

1. El 15 de julio de 1994, el Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución N° 010727 denegó la pensión de invalidez de la actora, y le concedió indemnización sustitutiva de la misma por la suma única de \$815.100, teniendo en cuenta para la liquidación un total de 269 semanas cotizadas. Por ello, la actora siguió cotizando hasta el 30 de enero de 1998, fecha en la cual logró completar 540 semanas.

1. El 1° de Octubre de 1997, el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución N° 017401 le denegó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por no cumplir con la densidad de semanas exigidas por el decreto 758 de 1990. La actora se notificó de dicha resolución, sin interponer recurso alguno.

1. Manifiesta que solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez porque se encontraba imposibilitada para seguir cotizando<sup>1</sup>.

1. El 19 de mayo de 2008, el Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución N° 020733, le reconoció la indemnización sustitutiva por un valor de \$1'947.352.00, correspondientes a 271 semanas, excluyendo la contabilización de las 269 tenidas en cuenta mediante la resolución citada en el numeral 1.

A continuación se transcribe la parte pertinente de la motivación del acto administrativo:

“A folio 1 obra Partida de Bautismo de la asegurada ROSA ORTIZ BOLAÑOS en el que consta que nació el 01 de junio de 1928.

“A folios 20 a 24 obra Historia Laboral actualizada de la asegurada ROSA ORTIZ BOLAÑOS en la que consta que cotizó para los riesgos de I.V.M. del ISS, de forma interrumpida, desde el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de enero de 1998 un total de 540 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

“Que la asegurada ROSA ORTIZ BOLAÑOS es beneficiaria del Régimen de Transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia la norma aplicable en el presente caso, es el Decreto 758 de 1990, el que en su artículo 12 y 13 establece:

“ARTICULO 12. (...) Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a. Sesenta (60) años o más de edad, si se es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si se es mujer y

b. Un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un mínimo de mil (1000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

“ARTICULO 13. Causación y disfrute de la pensión de vejez. La pensión por vejez se

reconocerá a solicitud de parte interesada, reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12, pero será necesario su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma y en su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por éste riesgo.

“Que la asegurada ROSA ORTIZ BOLAÑOS no cumple con los requisitos para obtener la pensión de vejez, exigidos por las normas anteriormente citadas, ya que cotizó un total de 540 semanas al Sistema General de Pensiones, razón por la cual no es procedente conceder dicha prestación.

“Que por otra parte el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece: “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”.

“Que por su parte, el Decreto 1730 de 2001 establece en su artículo 1º: “Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

a. Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declara su imposibilidad de seguir cotizando; (...).

Que además, el artículo 4º del Decreto 1730 de 2001 contempla los requisitos para conceder la indemnización sustitutiva: “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. (...)”

“Que en ese orden de ideas, como la asegurada manifestó claramente la imposibilidad de continuar cotizando para los riesgos de I.V.M. del ISS, es procedente otorgar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con la normatividad citada.

1. El 24 de marzo de 2010, la actora se notificó de la resolución anterior, debido a que la dirección que había registrado cuando hizo la solicitud correspondía a una casa de familia donde había trabajado hacía más de 10 años, y que la demora del ISS para responder su petición, su avanzada edad, quebrantos de salud y dificultades de desplazamiento, la hicieron dejar de indagar sobre la solicitud durante bastante tiempo.

1. Ese día, el Instituto de Seguros Sociales le informó que por no haberse notificado en el lapso de un año a partir del 19 de mayo de 2008, había perdido su derecho a reclamar la liquidación por indemnización sustitutiva, con base en el artículo 50 del decreto 758 de 19902 que dispone:

“ARTÍCULO 50. PRESCRIPCION. La prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional prescribe en cuatro (4) años; la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida, prescribe en un (1) año.

“Las prescripciones consagradas en este artículo comenzarán a contarse a partir de la exigibilidad del respectivo derecho”.

1. El 23 de junio de 2010, la actora recibió oficio del ISS mediante correo certificado donde nuevamente le reiteraron la negativa manifestada en el numeral anterior.

En resumen, la ciudadana Rosa Ortiz Bolaños, quien hoy cuenta con 82 años de edad, está tratando de hacer efectivo su derecho a la Seguridad Social, desde el año 1994 cuando solicitó la pensión de invalidez y le fue negada; en el año 1997, después de seguir cotizando, solicitó la pensión de vejez y también le fue negada por no cumplir el requisito de semanas

exigidas; en el año 2002 solicitó la indemnización sustitutiva, y esta le fue reconocida en el 2008 descontando las semanas cotizadas con anterioridad al 2004; y en el 2010 cuando solicitó el pago de lo que le había sido reconocido, le informaron que, conforme al artículo 50 del decreto 758 de 1990, había prescrito el término para cobrar la prestación.

## Pruebas

1. Al expediente fueron allegadas las siguientes pruebas:

\* Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la actora<sup>3</sup>.

\* Resolución N° 020733 de 19 de mayo de 2008<sup>4</sup>.

\* Oficio 062-02-DHLYNP-9974 de junio 11 de 2010 del Instituto de Seguros Sociales a la actora, en la cual le informa la prescripción de su derecho<sup>5</sup>.

\* Declaración extraprocesal de 1° de septiembre de 2010, hecha por la actora, acerca de carecer de patrimonio e ingresos, pensiones, rentas, subsidios, etc.

## Solicitud de tutela.

1. El 3 de agosto de 2010, la actora presentó acción de tutela, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, solicitando revocar la sentencia proferida el 27 de agosto de 2010 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá.

Solicita que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se ordene al ISS, que resuelva de fondo lo solicitado, no la someta a trámites engorrosos, y le liquide, ajuste y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, desde el 1° de junio de 1989.

## Contestación del demandado.

1. La entidad demandada no contestó la acción de tutela.

Decisiones Judiciales que se revisan

1. Mediante sentencia del 27 de agosto de 2010, el Juzgado Décimo Civil del Circuito no tuteló los derechos aducidos como vulnerados por la parte actora por falta de subsidiariedad, al considerar que “no puede el Juez de tutela inmiscuirse en las decisiones que competen a otras autoridades y que descansan sobre la presunción de legalidad, máxime cuando contra ella no se presentaron las censuras pertinentes”.

Señaló que la actora no hizo uso de los mecanismos legales idóneos para controvertir los actos administrativos ante la autoridad competente, agotando de esta forma la vía gubernativa, y acudiendo posteriormente a la vía contencioso administrativa.

Con respecto al perjuicio irremediable consideró, que “si bien es cierto que las personas derivan su sustento de su trabajo o de su mesada pensional, la tutela no procede sino cuando la actuación cuestionada afecta su mínimo vital y, en el caso bajo estudio, ésta afectación no se demostró toda vez que el accionante no aportó prueba que permita establecer el perjuicio irremediable, ni señaló alguna circunstancia de salud que lo afecte”.

1. El fallo de tutela fue impugnado por la parte actora insistiendo en su categoría de persona de la tercera edad, con quebrantos de salud y en estado de indefensión frente a la decisión del ISS.

1. El 14 de septiembre de 2010, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de decisión, decidió la impugnación de la providencia, reiterando la falta de subsidiariedad de la acción de tutela para solicitudes de pensiones, y confirmando el fallo de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes. También por haber sido dispuesta su revisión mediante auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez.

Problema jurídico.

1. Consiste en determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, y a la protección de las personas de la tercera edad, al omitir el reconocimiento de 269 semanas de cotización a la actora, en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, mediante resolución N° 020733 de 19 de mayo de 2008, y al aplicar el fenómeno de la prescripción al pago de dicha prestación, con base en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido resuelto por la Corte en otras oportunidades, la presente providencia será motivada brevemente a través de reiteración de jurisprudencia<sup>6</sup> sobre los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela para reclamar la indemnización sustitutiva del régimen de prima media. (ii) imprescriptibilidad del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva, y (iii) aplicación de la jurisprudencia al caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar la indemnización sustitutiva del régimen de prima media.

1. 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 1150 semanas que

se requieren para tener derecho al pago de una pensión de jubilación. Cuando el trabajador pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha prestación se denomina devolución de saldos, y se genera porque el capital ahorrado no alcanza para ser retornado en forma de mesadas pensionales, equivalentes o superiores a un salario mínimo legal mensual vigente.

Así fueron diferenciados los dos conceptos por la Corte, en la sentencia T-1046 de 2007:

“2.1.1 La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez<sup>7</sup> (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 acceder a la pensión de vejez, por no cumplir con el requisito de tiempo exigido por la Ley.

“2.1.2 Por otra parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, precisamente en concordancia con el concepto de ahorro individual que inspira el sistema, la Ley 100 de 1993 consagró el derecho a la devolución de saldos<sup>8</sup>, que consiste en el reembolso del dinero acumulado en la cuenta individual, actualizado y con los rendimientos financieros respectivos, al afiliado cuyos ahorros no son suficientes para acceder a la pensión de vejez (en sus diversas modalidades), o a la pensión mínima prevista por el sistema.

“2.1.3 Se concluye, entonces, que las prestaciones tienen fines idénticos, si bien se basan en presupuestos diferenciales, precisamente por la concepción de cada uno de los sistemas pensionales.<sup>9</sup> Estas diferencias se concretan en la competencia para el pago de la prestación, y en el manejo financiero de la misma, de forma que, bajo las mismas condiciones de tiempo y aportes, el monto podría variar entre los dos sistemas<sup>10</sup>.”.

1. La prestación consiste en el derecho a reclamar las sumas cotizadas debidamente actualizadas. La Corte ha dicho que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez “hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, 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”<sup>11</sup>.

1. Se encuentra consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, transcrito a pie de página 7, y la Corte ha dicho que se viola el derecho a la seguridad social “cuando la persona beneficiaria del sistema cumple con todos los requisitos establecidos por dicho artículo y la entidad encargada niega su reconocimiento y pago”<sup>12</sup>.

Tales requisitos son:

\* Haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez.

\* No haber cotizado el mínimo de semanas exigidas, y

\* Declarar la imposibilidad de continuar cotizando.

1. Ahora bien, el derecho que adquiere el trabajador en dichos términos, es una prerrogativa, dado que tiene la opción de utilizarla y reclamar sus ahorros, o seguir cotizando hasta alcanzar el monto o semanas que le hagan falta, para obtener así su pensión de jubilación.

En la sentencia C-375 de 2004, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del literal p del artículo 2° de la ley 797 de 2003<sup>13</sup>, “en el entendido de que dicho 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”.

1. De lo anterior se infiere que la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, era el derecho a la pensión de vejez en vía de adquisición, el cual no se pudo adquirir por la imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social. Por ende, la procedencia de la acción de tutela para reclamar estas prestaciones, debe analizarse desde la perspectiva jurisprudencial vigente, para reclamar una pensión vitalicia de jubilación.

1. 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.

1. Sobre la procedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones de jubilación, la Corte ha sido unánime en establecer, que mientras no existan mecanismos de defensa idóneos y eficaces para reclamar el derecho antes de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la procedencia de la acción de tutela está llamada a prosperar, en principio como mecanismo transitorio, y en algunos casos como mecanismo definitivo.

Justamente por esa razón, porque los procedimientos ordinarios de defensa no contemplan acciones ágiles encaminadas a garantizar el pago oportuno de las pensiones de jubilación, sumada a que este amparo por definición es solicitado por personas de avanzada edad con posibilidades prácticamente nulas de acceder a un trabajo para propiciarse un ingreso, y la consecuencia lógica de que esta circunstancia afecte su mínimo vital, la Corte cada vez con más frecuencia se ve abocada a acceder a la procedibilidad de acciones de tutela en materia pensional.

Al respecto ha dicho:

“En lo que respecta a las personas que han alcanzado un grado avanzado de edad, el tratamiento constitucional que debe aplicarse es el de conceder el amparo de sus derechos fundamentales, a pesar de que exista la posibilidad de solicitar dichas prestaciones a través de los mecanismos judiciales que para el efecto tiene contemplada la ley”<sup>14</sup>.

Sobre el mínimo vital señaló:

“...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye

un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.”.15

1. Aquí cabe traer a la memoria que por mandato constitucional<sup>16</sup>, los requisitos de procedencia de la acción de tutela deben ser analizados en una forma más flexible, cuando quien reclama el derecho es una persona en situación de ancianidad, sin que con ello se quiera afirmar que dicha condición por sí sola torna procedente cualquier acción de tutela. La tesis consiste más bien en predicar, que como tal condición tiene un peso tan elevado dentro de la ponderación de factores que en cada caso llevan a cabo las Salas de la Corte, la inminencia del perjuicio irremediable se hace más ostensible.

1. En los anteriores términos se puede concluir que, por regla general, las solicitudes pensionales por vía de tutela cumplen los siguientes requisitos de procedibilidad de la acción de tutela:

- a. El peticionario es un sujeto de especial protección.
- b. La ocurrencia de un perjuicio irremediable es inminente, y
- c. Los mecanismos previstos por la ley para resolver el conflicto no son lo suficientemente idóneos y expeditos, como para que el problema sea resuelto antes de la ocurrencia del perjuicio.

1. De lo dicho anteriormente se colige que, la afirmación frecuente conforme a la cual, “la acción de tutela, por regla general, es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago

de los derechos pensionales”<sup>17</sup>, poco a poco puede irse sustituyendo por, “la acción de tutela, por regla general, es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de los derechos pensionales” porque: el solicitante de un derecho pensional, (i) normalmente es un sujeto de especial protección constitucional, (anciano, inválido, mujer en estado de maternidad), (ii) que padece el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable por la concurrencia de tres factores: a) el no pago de su pensión, b) la imposibilidad de conseguir un empleo, y c) la imposibilidad de detener el aumento de la edad; y (iii) la decisión de acudir a la justicia ordinaria para reclamar su derecho, le ocasionaría indefectiblemente la materialización del perjuicio.

1. Y yendo más allá, el mismo argumento ha servido para sostener la procedibilidad de acciones de tutela de solicitudes de indexación de la mesada pensional, en las cuales, la situación del peticionario, en principio, es menos grave que en aquellas, porque aunque está recibiendo una pensión desactualizada en el tiempo, al menos cuenta con una fuente de ingreso.

Así se expresó la Corte al respecto en una solicitud de indexación, en la sentencia T-362 de 2010:

“La edad de los afectados ha sido un elemento pilar de los fallos que han concedido la acción de tutela en estos casos, no solamente por el derecho a gozar de una especial protección constitucional consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política, sino porque la combinación de la pérdida del poder adquisitivo del ingreso con el aumento de la edad, genera inminente el perjuicio irremediable que eventualmente puede recaer sobre estos sujetos”.

Se dice, en principio, porque como se dijo anteriormente, el peso de cada circunstancia dentro de la ponderación de factores que hace la Corte, se analiza individualmente en cada caso concreto.

1. A continuación la Sala pasará a reiterar la jurisprudencia de la Corte en materia de

prescripción de acciones para reclamar derechos laborales, teniendo en cuenta que en esta figura jurídica basó el demandado su negativa de hacer el pago de la indemnización sustitutiva a la actora.

Imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos.

1. La jurisprudencia de la Corte tiene sentada la proposición según la cual, el derecho a la pensión es imprescriptible, mientras que las mesadas pensionales pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos señalados por la ley.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos sobre demandas de constitucionalidad que han atacado normas en las cuales ha sido plasmada la prescripción de derechos laborales.

1. En la Sentencia C-072 de 1994, fueron demandados, el artículo 151 del Decreto-Ley 2158 de 1948, y el artículo 505 del Decreto Ley 2663 de 1950, por considerarse violatorios de los artículos 1, 2, 4, 13, 17, 29, 53, 58, 150, 215 y 229 de la Constitución Política.

Las disposiciones establecían lo siguiente:

“Artículo 151 del Decreto-Ley 2158 de 1948.

“Artículo 505 del Decreto-Ley 2663 de 1950.

Regla General: las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en el caso de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal de Trabajo o en el presente estatuto”.

1. La Corte determinó la exequibilidad de las normas acusadas, por considerar que el núcleo esencial del derecho al trabajo no se desconocía por el hecho de existir la prescripción de la acción laboral concreta.

Algunas de las consideraciones fueron:

“La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible”.

(...)

“Con base en lo expuesto, la Corte considera que las normas acusadas, lejos de atentar contra la dignidad del trabajador, se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, por razones de beneficio mutuo de los extremos de la relación laboral, que se ven en situación de inmediatez y prontitud, razón por la cual una prescripción de largo plazo dificultaría a patronos y a trabajadores la tenencia o conservación de pruebas que faciliten su demostración en el juicio. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo”.

1. Posteriormente, el párrafo 2° del artículo 2° de la ley 116 de 1928 fue acusado de violar los artículos 46, 48 y 53 de la Constitución Política, y declarado inexecutable mediante sentencia C-230 de 1998. La disposición demandada establecía lo siguiente:

“Párrafo. El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años.”<sup>19</sup>

La norma ordenaba una prescripción específica del derecho a reclamar las pensiones concedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 102 de 1927, y otras contenidas en la Ley 78 de 1926.

El argumento de la Corte para declarar la inexecutable fue el siguiente:

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada “pensión gracia” de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar”.

1. En la sentencia C-198 de 1999, se falló la acusación del artículo 10° del Decreto 2728 de 196821, de violar los artículos 2º, 47, 48, 53, 83 y 84 de la Constitución, porque establecía que el derecho a reclamar las prestaciones sociales allí consagradas prescribía en 4 años. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la disposición, en el entendido de que, el término de prescripción era aplicable en relación con las prestaciones unitarias<sup>22</sup> de contenido patrimonial y las mesadas pensionales previstas por el decreto. Es decir, consideró que el término de prescripción establecido para las prestaciones no periódicas, como ciertas indemnizaciones, era razonable; pero en relación con las prestaciones periódicas, como la pensión por incapacidad, determinó que la prescripción se podía predicar exclusivamente de las mesadas pensionales no reclamadas en el término de cuatro años.

Algunos de los argumentos en que se fundamentó la sentencia fueron los siguientes:

“3- Los derechos constitucionales como tales en general no prescriben, puesto que emanan del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y configuran valores superiores del ordenamiento jurídico colombiano (CP arts 1º y 5º). Sin embargo, esto no significa que la prescripción extintiva como tal vulnere el orden constitucional, ya que ésta cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales, tal y

como esta Corte lo ha reconocido con claridad<sup>23</sup>”

(...)

“4- El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas”.

1. En la sentencia C-624 de 2003, fue demandado el Artículo 36 de la Ley 90 de 1946<sup>24</sup> que establecía que la acción para el reconocimiento de una pensión prescribía en 4 años, y la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidas prescribía en 1 año. El demandante consideró que dicha proposición vulneraba la Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, refiriéndose más que todo a la indemnización sustitutiva, sobre el argumento de que este derecho debía seguir la misma suerte del derecho a la pensión porque también hacía parte del Sistema Integral de Seguridad Social, y porque consistía en un ahorro que había hecho el trabajador para garantizarse una protección en la época de la vejez. Ello redundó en sentencia inhibitoria de parte de la Corte, por ineptitud sustantiva de la demanda, debido a que la figura de la indemnización sustitutiva no había sido objeto de regulación por la norma acusada.

No obstante, así reiteró la Corte, una vez más, la imprescriptibilidad del derecho a reclamar una pensión de vejez:

“Pero, como ha sido objeto de aclaración en las anteriores oportunidades, la imprescriptibilidad de la pensión se refiere al derecho en sí mismo, pero no en lo atinente a las mesadas pensionales dejadas de cobrar, las cuales se someten a la regla general de prescripción de las leyes sociales de tres (3) años, prevista en el artículo 151 del Decreto - Ley 2158 de 1948”.

1. 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.

El caso concreto.

1. En el presente caso está comprobado que a la actora, de 82 años de edad, le fue negada la pensión de vejez mediante resolución N° 17401 de 1° de octubre de 1997, y por ello solicitó la indemnización sustitutiva de la misma, la cual le fue reconocida, seis años después, mediante resolución N° 20733 de 19 de mayo de 2008, por un valor de \$1'947.352.00. El 24 de marzo de 2010, la actora se enteró de tal acto administrativo, y el mismo día solicitó el pago del dinero, pero el 11 de junio de 2010, el Instituto de Seguros Sociales le contestó mediante oficio, que había perdido su derecho de reclamar esa prestación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, ya que había operado el fenómeno de la prescripción por haber pasado más de un año en el cobro de la prestación económica ya reconocida.

1. En primer lugar, establecido está por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el término de prescripción es predicable únicamente de las mesadas pensionales no

reclamadas y deducido del contenido de las prestaciones, que la situación de desprotección es mayor en quien recibe la indemnización sustitutiva que en quien recibe la pensión de vejez, razón por la cual estima la Sala que en el presente caso, dar aplicación al artículo 50 del Decreto 758 de 1990, constituye una decisión que viola directamente los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con sujeción a los cuales el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de la seguridad social<sup>26</sup>. Ello se debe a que, como se dijo anteriormente, la indemnización sustitutiva hace las veces de la pensión con que cuenta quien no alcanzó a cotizar lo suficiente. Por ello, esta Sala declarará que, el derecho fundamental a la seguridad social de la ciudadana Rosa Ortiz Bolaños fue vulnerado.

1. No hacerlo equivaldría a desvirtuar el principio de la imprescriptibilidad de los derechos a la seguridad social, porque si una persona que ya tiene garantizado el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de vejez, sólo puede perder por prescripción las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas, admitir que quien accede a la indemnización sustitutiva sí puede perder por prescripción este derecho o parte del mismo, equivale a despojarlo de la totalidad o una fracción de recursos que a diferencia de los del primer caso, son limitados. Por consiguiente la interpretación hecha por el Instituto de Seguros Sociales al decidir aplicar la norma citada, a la solicitud de devolución de indemnización sustitutiva de la actora, es contraria al artículo 48 de la Constitución Política.

Ello se debe a que la prescripción de las mesadas pensionales no interfiere con el derecho a seguir devengando mesadas futuras hasta la muerte. Pero indirectamente si interfiere con ello, en el caso de la indemnización sustitutiva, porque quien accede a la misma tendrá que subsistir el resto de sus días distribuyendo la suma determinada a través de los años que le falte por vivir. La ardua situación de quien no alcanzó a cotizar para la pensión de vejez se puede apreciar fácilmente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, donde el monto que el Instituto de Seguros Sociales hubiera devuelto por este concepto a la actora, de haberlo hecho en el año 2010, era de \$1'947.352.00 que no equivalen siquiera a 5 mesadas de salario mínimo legal completo. Aunque con la orden que la Sala ha de impartir, el monto tendrá que incrementarse<sup>27</sup>, no por ello desaparecerá el problema de no saber hasta cuando alcanzarán los recursos devueltos.

1. En segundo lugar, de la lectura de la resolución N° 020733 del 19 de mayo de 2008, donde se expresa que para liquidar la prestación de la actora se tomaron, “únicamente las semanas cotizadas que no se tuvieron en cuenta en la Resolución N° 010727 de 1994, es decir (...) las semanas cotizadas desde el 01 de octubre de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1997, es decir 271”, la Sala no puede inferir el posible motivo que tuvo el Instituto de Seguros Sociales para desproveer a la actora de ese derecho.

1. Sin embargo, el motivo carece de relevancia para proferir el presente fallo porque ninguno justifica que cuando una persona cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, que son, haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas y declarar la imposibilidad de seguir cotizando, como en el presente caso, la entidad encargada niegue el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva.

1. Los dos argumentos anteriores constituyen razón suficiente para declarar como lo hará esta Corte que, el derecho fundamental a la seguridad social de la ciudadana Rosa Ortiz Bolaños fue vulnerado, y por ello ordenará al Instituto de Seguros Sociales que en que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, desde el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de enero de 1998, por un total de 540 semanas de cotización que se encuentran debidamente acreditadas.

1. Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2010, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de decisión, mediante la cual confirmó la sentencia proferida el 27 de agosto de 2010, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito, la cual no tuteló los derechos por falta de subsidiariedad, y en su lugar concederá el amparo para proteger el derecho a la seguridad social de la actora.

1. Ordenará al Instituto de Seguros Sociales, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Rosa Ortiz Bolaños, desde el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de enero de 1998, por un total de 540 semanas de cotización que se encuentran debidamente acreditadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993: “(...) 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.”.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2010, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de decisión, mediante la cual confirmó la sentencia proferida el 27 de agosto de 2010, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito, la cual denegó la acción de tutela instaurada por Rosa Ortiz Bolaños contra el Instituto de Seguros Sociales, y en su lugar CONCEDER el amparo para proteger el derecho fundamental a la seguridad social de la actora.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Rosa Ortiz Bolaños, desde el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de enero de 1998, por un total de 540 semanas de cotización que se encuentran debidamente acreditadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Se puede deducir que esta solicitud tuvo lugar, a más tardar, en el año 2002 porque la actora manifiesta que el Instituto de Seguros Sociales solo la respondió 6 años después, y la entidad demandada corrobora en la parte motiva de la resolución 020733 de 19 de mayo de 2008 que la demandante hizo tal solicitud mediante petición; citando el folio 12 del expediente 3642 sin registrar fecha.

2 Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios.

3 Folio 1, cuaderno 1.

4 Folios 2, 3 y 4, cuaderno 1.

5 Folio 5 cuaderno 1.

6 Con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, y T-959 de 2004.

7 Ley 100 de 1993, Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. 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”.

8 *Ibíd.*

9 Ley 100 de 1993, Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 66. Devolución de saldos. “Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

10 En la sentencia C-375 de 2004 la Corte examinó si la obligación de retirarse del sistema para reclamar cualquiera de estas prestaciones, vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad, así como el derecho a la igualdad, concluyendo que la norma se ajusta a la Constitución, pues no obliga al ciudadano a retirarse al cumplir la edad de la pensión, sino que permite que el interesado tome esa decisión.

11 Sentencia T-981 de 2003.

12 Sentencia T-478 de 2010.

13 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.

“ARTÍCULO 2°. Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

“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;”.

14 Sentencia T-238 de 2009.

15 Sentencia T-323/96.

16 “Artículo 46 CP.- El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

17 Respecto a este punto, se pueden consultar, entre muchas, las siguientes sentencias: T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000, T-398 y T-476 de 2001, T-947 de 2003 y T-620 de 2007.

18 Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927.

19 El artículo completo era el siguiente:

Ley 116 de 1928.

“Artículo 2º Amplíase en un año el plazo concedido por la Ley 102 de 1927 para la presentación de las demandas de revisión de las pensiones concedidas hasta que entró en vigencia dicha Ley. Pasado este término, se suspenderá el pago de las pensiones cuya revisión no se hubiere solicitado.

“Parágrafo. No están sujetas a revisión las pensiones de los maestros de escuela ni las decretadas por leyes especiales o por sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

“Parágrafo. El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años”.

21 “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”

“Artículo 10º.- El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagrados en este Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

22 Las prestaciones unitarias de contenido patrimonial a que se refirió esta sentencia, consistían en unas indemnizaciones previstas para los miembros de la Fuerza Pública, en caso de desacuartelamiento por incapacidad relativa o permanente, o fallecimiento por causa de heridas o accidente aéreo en combate, consagradas en los artículos 3° y 8° del Decreto 2728 de 1968.

23 Ver, en particular, sentencia C-072 de 1994.

24 Ley 90 de 1946. “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

“Artículo 36. La acción para el reconocimiento de una pensión prescribe en cuatro (4) años; la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidas prescribe en un (1) año”.

25 Sentencias T-099 de 2008, T-972 de 2006, T-099 de 2008, T-529 de 2009, T-597 de 2009 y T-849A de 2009, entre muchas otras.

26 Art. 48 CP. “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

27 Porque se ordenará hacer la liquidación, desde el 01 de junio de 1989 hasta el 30 de

enero de 1998, por un total de 540 semanas cotizadas.