

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Santiago de Cali, veintiséis (26) de agosto dos mil veintidós (2022).

Auto Interlocutorio No. 268

RADICACION: 76001-33-33-008-2020-00230-01
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
LESIVIDAD-
DEMANDANTE: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co
DEMANDADO: MYRIAM FORERO DE CALA
TEMA: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – MODALIDAD
LESIVIDAD- DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS POR
CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE
PENSIÓN.
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN.

1. OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el **Auto Interlocutorio No. 055 de febrero 2 de 2021** proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, mediante el cual rechazó la demanda.

2. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138¹ del CPACA y actuando a través de apoderado, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, demandó a la señora **Myriam Forero De Cala** solicitando se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 127426 del 12 de junio de 2020, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en

¹ ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Solicitando a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada la devolución de lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva.

3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Mediante **Auto Interlocutorio No. 055 de febrero 2 de 2021**, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito judicial de Cali, se rechazó la demanda conforme a los siguientes argumentos:

“Como sustento de la demanda señaló que:

Mediante Resolución No. 12028 del 12 de noviembre de 2010, el Instituto de Seguro Social ISS, resuelve negar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a la señora Myriam Forero, sin embargo, le reconoce una indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, en cuantía única de dos millones ochocientos cincuenta y un mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$2.851.774).

La señora Forero, interpuso Acción de Tutela ante la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral mediante Sentencia del 18 de marzo de 2020, le ordenó a Colpensiones (i) reconocer a favor de Myriam Forero de Cala la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de quien fuera su cónyuge Jorge Enrique Cala Porras y (ii) descontar de manera progresiva del monto de las mesadas que por concepto de la referida prestación se causen, el valor reconocido por indemnización sustitutiva que se hubiese efectivamente cancelado, teniendo en cuenta el mínimo vital de la beneficiaria.

Mediante la Resolución No. SUB 127426 del 12 de junio de 2020, Colpensiones da cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Forero De Cala, por valor de ochocientos setenta y siete mil ochocientos tres pesos (\$877.803), sin embargo, nada resuelve respecto al descuento del valor que en otrora reconoció por concepto de indemnización sustitutiva y el cual le autorizaron hacer.

Al percatarse de que no se habían ordenado reintegrar los valores reconocidos y pagados por concepto de indemnización sustitutiva, Colpensiones mediante Resolución No. SUB 135779 del 25 de junio de 2020, le ordena a la señora Forero De Cala efectuar el mismo, el cual de acuerdo a la actualización realizada al año 2020, correspondía a cuatro millones ciento cincuenta y ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos M/CTE (\$4.158.434)

Las Resoluciones Nos. SUB 127426 del 12 de junio de 2020 y SUB 135779 del 25 de junio de 2020, fueron notificadas personalmente el día 3 de julio de 2020.

Conforme a lo anterior, es evidente que, como lo pretendido con la demanda no es el pago de una prestación periódica sino unitaria como lo es la indemnización sustitutiva, el medio de control impetrado si está sujeto al término de caducidad de cuatro meses (4) que contempla el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que para el presente caso, vencía el 4 de noviembre de 2020.

Bajo tal supuesto, es factible considerar que, como la demanda se interpuso el día 4 de diciembre de 2020, indudablemente, se configuró la caducidad del medio de control".

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, entre sus argumentos exponiendo entre sus argumentos los siguientes:

La Resolución No. SUB 127426 de 12 de junio de 2020, por medio de la cual se reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes en cumplimiento a un fallo de tutela expedido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, no está cuestionando el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, ni las normas en que debió fundarse, ni porque fue expedido en forma irregular, ni por violación del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación o desviación de atribuciones, es decir, no se cuestiona la legalidad de la Resolución No. 12025 de noviembre 12 de 2010, pero sí se cuestiona que nada se dijo sobre el pago único del cual había sido beneficiaria la demandada.

Es evidente que la demandada recibió un pago de lo no debido, derivado de las mesadas percibidas por concepto de la prestación periódica, generadas de los efectos del acto acusado, es decir, por ocasión de la Resolución SUB 127426 de junio 12 de 2020 dentro de la cual están contenidas -pagadas previamente eso si- la suma de dinero correspondiente a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, y en esta medida, no solo está transgrediendo las normas que regulan la materia, pues por tratarse del mismo riesgo son incompatibles, y por el otro lado, viola ostensiblemente el artículo 128 de la Constitución Nacional.

Bajo esta perspectiva, no resulta adecuado contar el término de caducidad en la forma como lo hace el despacho, pues claramente la prestación económica que inició como un pago único, posteriormente y en virtud de un fallo de tutela, se convirtió en un prestación periódica, donde ha debido descontarse, compensarse o devolverse lo pagado en su debida oportunidad lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, con lo percibido por

concepto de pensión de sobrevivientes, actuación que se ha debido plasmar tanto en la parte motiva como en la parte resolutive de la Resolución No. SUB 127426 de 12 de junio de 2020, por medio de la cual se reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes a la Demandada.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

De conformidad con el literal g del numeral 2 del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011 (modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021)², la Sala de Decisión ostenta la competencia para conocer el presente asunto, debido a que se trata de una decisión interlocutoria proferida en el curso de la segunda instancia y que se encuentra enlistada en el numeral 1 del artículo 243 ibídem: "(...) 1. El que rechace la demanda. (...)".

5.2. Problema Jurídico.

La Sala debe determinar si en el caso concreto operó la caducidad, y como consecuencia de ello si hay lugar a rechazar la demanda interpuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones.

5.3. Tesis.

La Sala de Decisión revocará la decisión adoptada en primera instancia, al dando aplicación a la primacía al derecho sustancial sobre el procesal consagrado en el artículo 228³ de la Constitución Política, habida cuenta que, declarar configurado el fenómeno de caducidad del presente medio de control, desconocería el carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva, ordenándose al Juez de primera instancia continuar con el conocimiento del medio de control, verificando si cumple con los requisitos para su admisibilidad, teniendo como cumplido lo referente a la presentación de la demanda en término.

5.4. Caducidad del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -en la modalidad de lesividad-.

La caducidad es un fenómeno jurídico cuyo término previsto por la ley se convierte en presupuesto procesal y/o instrumento a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los

² "Artículo 125. De la expedición de providencias. La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

"(...) "

"3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja".

³ Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

administrados para su reclamación judicial, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción “[...] busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso [...]”⁴. De ahí que sus actuaciones y las decisiones de allí provenientes generadoras de efectos en el mundo jurídico, solo puedan ser discutidas y/o cuestionadas dentro de los límites temporales descritos expresamente por el legislador.

Tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través del cual se acusan los actos particulares, como regla general, el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, prescribe que:

«ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

(...)»

De lo anterior, se tiene que la demanda ejercida a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es oportuna cuando se presenta dentro del término de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo acusado, según el caso, salvo las excepciones establecidas en la ley, dentro de las que se encuentra entre otras, cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas o que versen sobre actos productos del silencio administrativo, en cuyo caso, no habrá término de caducidad.

En cuanto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 25 de abril de 2019⁵, precisó:

⁴ Auto del 24 de enero de 2007, actor Néstor José Duarte Tolosa contra “Corelca S.A.” y otro, radicación No. 20001-23-31-000-2005-02769-01(32958), Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). - Radicación número: 08001-23-33-000-2018-00297-01(5385-18)

"Para la Sala es importante recordar, que el CPACA al regular la oportunidad del derecho de acción, entre otras, para la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, no distinguió el evento de cuando el demandante fuera una entidad pública para establecerle así un término especial, como si lo consagraba el artículo 136 del CCA en su numeral 7º, que prescribía que cuando la administración demandara su propio acto, el término para hacerlo era de 2 años a partir del día siguiente de su expedición.

33. Por tanto, el actual código unificó el término de caducidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho inclusive en la modalidad de lesividad, el cual debe ser interpretado en los estrictos términos del ya analizado artículo 164 del CPACA, que si bien prescribe la ejecución como punto de inicio para su computo, lo es, pero en las hipótesis analizadas.

34. De manera que, la Sala confirmará el auto apelado, pues el término de caducidad de los 4 meses, tal como lo infirió el Tribunal de instancia de acuerdo con las notificaciones de los actos acusados, corría hasta el 18 de septiembre de 2017, así, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 5 de noviembre de 2017, la oportunidad para presentar la acción correspondiente se encontraba caducada. (se subraya)

De conformidad con lo anterior, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, inicialmente cuenta con un término de 4 meses, a partir de su comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo acusado.

5.5. De la prescripción extintiva de las obligaciones.

Según el artículo 1625 CC las obligaciones pueden extinguirse por una convención cuando las partes interesadas, capaces de disponer libremente, consientan en darla por nula. Además, de acuerdo con este precepto, las obligaciones se extinguen en todo o parte por: (i) solución o pago efectivo; (ii) novación; (iii) transacción; (iv) remisión; (v) compensación; (vi) confusión; (vii) pérdida de la cosa debida; (viii) declaración de nulidad o rescisión; (ix) prescripción o (x) por el evento de la condición resolutoria. En concordancia, el artículo 1626 define el pago como la prestación de lo que se debe, que se hará según el objeto de la obligación. De ahí que, el deudor no pueda obligar al acreedor a recibir otra cosa distinta a lo que se le deba -ni aunque esta sea de igual o mayor valor (artículo 1627 CC)-, ni a que reciba por partes, salvo cuando exista acuerdo en contrario, sin perjuicio de lo que establezca la ley en determinados casos (artículo 1649 CC).

La competencia para decretar la prescripción extintiva de las obligaciones radica exclusivamente en cabeza de la Administración y del Juez Competente, ya sea de oficio o a petición de parte.

Adicionalmente, en los términos del numeral 6° del artículo 180⁶ del CPACA, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Juez o Magistrado tiene la facultad de resolver la excepción de prescripción extintiva de las obligaciones solicitada por la parte o incluso cuando no ha sido solicitada proceder de oficio.

Respecto a la naturaleza jurídica y las características de la prescripción la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en pronunciamiento del 9 de diciembre de 2020⁷, precisó:

“... esta figura como una institución que proviene del derecho civil, dentro del cual se conciben dos tipos fundamentales: i) la prescripción extintiva de las obligaciones y los derechos personales correlativos, y ii) la prescripción adquisitiva del derecho de dominio, llamada también «usucapión».

Para efectos de este conflicto, vale la pena precisar, sobre la primera clase de prescripción, que se encuentra regulada en el artículo 1625 del Código Civil, numeral 10°, como una de las formas o modos de extinción de las obligaciones.

Adicionalmente, en relación con esta figura, el artículo 2535 ibidem dispone: «La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible».

Lo dispuesto en la norma anterior no significa, sin embargo, que la prescripción, en materia civil, exija solamente el paso del tiempo, pues requiere, además, por una parte, la pasividad o inactividad del acreedor en el ejercicio de las facultades y acciones que la ley le otorga, para hacer efectivo su derecho, y, por la otra, que la prescripción no sea interrumpida por alguna de las causales establecidas en la ley, ni renunciada por el que se beneficia de ella.

Por otra parte, para que la prescripción opere efectivamente como medio de extinción o de adquisición de derechos, según el caso, debe ser declarada o, al menos, reconocida por la autoridad competente, en el proceso judicial o administrativo correspondiente. De lo contrario, no podría trascender de la simple discusión o controversia que pudiera surgir, sobre este punto, entre el deudor y el acreedor.

⁶ “Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudaras. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. (...)” (Negrillas fuera del texto original)

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL – C.P.: ÁLVARO NAMÉN VARGAS - Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00128-00(C)

No obstante, es importante aclarar que lo anterior no implica que la prescripción ocurra cuando la autoridad competente la declare o reconozca, sino en el momento en que confluyen, en la realidad material, las condiciones sustanciales establecidas por la ley para que dicho fenómeno se presente. Por lo tanto, esa declaración o reconocimiento no es constitutiva (o, según el caso, extintiva) del derecho, sino meramente declarativa."

La Sala precisa que en virtud del artículo 2513 del Código Civil "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio", es decir, la prescripción debe ser solicitada por el interesado a fin de que sea decretada por la autoridad judicial correspondiente.

5.6. Imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva.

5.6.1. El derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva es imprescriptible –Corte Constitucional-.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ ha reconocido que el derecho a la indemnización sustitutiva al igual que las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, son imprescriptibles.⁹ Por lo tanto, las Administradoras de Fondo de Pensiones no puede negar el reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva de una persona con el argumento de la prescripción del derecho, porque esa decisión vulnera el carácter imprescriptible del derecho a la seguridad social.

Lo anterior fue claramente expuesto por la Alta Corporación en Sentencia T-155/11- del 8 de marzo de 2011¹⁰, al Señalar:

*"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.*

⁸ Corte Constitucional Sentencia T-109/10 - Referencia: expediente T-2426614 - Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA - Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010)

⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-230 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-972 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-546 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-081 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁰ Referencia.: expediente T-2844320 - Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PEREZ - Colaboró: Adriana Chethuán - Bogotá, DC., ocho (8) de marzo de dos mil once (2011).

(...)

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."

Posición que ya había sido expuesta desde la sentencia C-230 de 1998, en aquella oportunidad la Corte Constitucional sostuvo que la prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva, precisando:

*"**La indemnización sustitutiva** de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la prestación, cuando no se cumplen los requisitos para su reconocimiento, es claro, **mutatis mutandis, que puede equipararse a un derecho pensional**. (se subraya)"*

5.6.2. El carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva – y el fenómeno jurídico de la caducidad. Posición del Consejo de Estado.

Al igual que la Corte Constitucional, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, asegura que el derecho a la indemnización sustitutiva tiene el carácter de imprescriptible porque *"está dirigida a aliviar o disminuir las especiales condiciones de vulnerabilidad de aquellas personas que realizaron aportes al Sistema General de Seguridad Social, pero que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a una pensión."*¹¹.

Ahora bien, si bien es cierto el carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva no es el eje central del problema jurídico, toda vez que la juez de primera instancia rechazó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debido a la configuración del fenómeno de la caducidad, también es cierto, que el carácter imprescriptible del derecho tiene inferencia directa con la figura jurídica en la caducidad, asegurando que no tener acción jurídica para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva equivale a considerar que el derecho es susceptible del fenómeno de la prescripción,

¹¹ CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A – C.P: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ - Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017). - Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00423-01(1618-16)

empleando como mecanismo para la solución al problema jurídico la aplicación del principio constitucional consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. Así. Lo ha expuesto la Alta corporación, en providencia del 13 de agosto de 2021¹² explicando su posición de la siguiente manera:

*“Ciertamente, de lo hasta aquí expuesto reviste de vital importancia establecer la **diferencia que existe entre los fenómenos de prescripción y caducidad**, predicándose la primera sobre los derechos y la segunda sobre los medios de control.*

Así las cosas, aunque en principio que lo que correspondería sería revocar la providencia objeto del presente recurso, puesto que la señora Gloria Amanda Cano Restrepo acudió extemporáneamente a la jurisdicción para reclamar la reliquidación de su indemnización sustitutiva, ya que presentó la demanda el 9 de octubre de 2018¹³, esto es, 1 año, 4 meses y 16 días luego de que le fuera notificada el 23 de mayo de 2017¹⁴ la Resolución DIR 5658 del día 15 del mismo mes y año; lo cierto es que ello conduciría a desconocer el carácter de imprescriptible de la prestación y, de sostener esa tesis, la actora se encontraría en un escenario de incertidumbre; por cuanto tendría un derecho sustancial, pero no lo podría hacerlo efectivo desde el punto de vista procesal pues operó la caducidad.

La anterior postura ha sido ratificada por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del año 2017, en la que determinó que: “en términos prácticos el no tener acción equivale a considerar que el derecho es susceptible del fenómeno de la prescripción lo que conduce a desconocer los derechos fundamentales del adulto mayor”¹⁵.

En consecuencia, en el sub examine se dará primacía al derecho sustancial sobre el procesal consagrado en el artículo 228¹⁶ de la Constitución Política, habida cuenta que, al no poder acudir a la jurisdicción para reclamar a través del medio de control su derecho, ello indiscutiblemente desconoce el carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva y, en ese sentido, se confirmará el auto apelado que declaró no probada la excepción de caducidad.” (se subraya)

5.6.3. Naturaleza de la indemnización sustitutiva – Posición de la Jurisdicción Ordinaria – Especialidad Laboral.

Finalmente, la Corporación quiere traer a colación la definición del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral,

¹² CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B – C.P.: CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021). - Radicación número: 05001-23-33-000-2018-01893-01(2450-20)

¹³ Folio 71

¹⁴ Folio 37.

¹⁵ Ibídem numeral 5.

¹⁶ Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

respecto a la indemnización sustitutiva, exponiendo la posición ya pacífica de la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva y por ende, la posibilidad de acudir ante la justicia en cualquier tiempo para su reclamación, así se expone en la providencia del 23 de octubre de 2019¹⁷, en la que señala:

“Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del termino trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las prestaciones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derecho fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlos una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes -alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.”

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.”

Por lo anterior concluya la Sala de Decisión que si la jurisprudencia tanto Constitucional como del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Ordinaria en su especialidad Laboral, protege la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y habilitan al trabajador a solicitar su reconocimiento en cualquier tiempo.

6. CASO CONCRETO.

A través del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Modalidad Lesividad- la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, demandó a la señora **Myriam Forero De Cala** solicitando se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 127426 del 12 de junio de 2020, por medio de la cual se ordenó el

¹⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral SL. 4559-2019 – Radicación No. 74456 del 23 de Octubre de 2019 – Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral. Solicitando a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada la devolución de lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, rechazó la demanda al considerar que frente al acto administrativo demandado operó el fenómeno de la caducidad.

Tal como como fue señalado anteriormente tanto la jurisprudencia Constitucional como del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, protege la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y habilitan al trabajador a solicitar su reconocimiento en cualquier tiempo, para la Sala de Decisión dicha facultad otorgada expresamente al trabajador, también recae en las Administradoras de Fondo de Pensión, no solo por el concepto de doble vía del derecho, lo cual quiere significar que puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación, máxime cuando la devolución del pago efectuado por concepto de indemnización sustitutiva es consecuencia del reconocimiento y pago de una pensión, lo cual señala claramente lo excluyente de los derechos, de lo contrario, no solo se estaría configurando el pago de lo no debido, si no un detrimento patronal al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, se dará primacía al derecho sustancial sobre el procesal consagrado en el artículo 228¹⁸ de la Constitución Política, habida cuenta que, declarar configurado el fenómeno de caducidad del presente medio de control, desconocería el carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva y, en ese sentido, se revocará el auto apelado que rechazó la demanda, ordenándose al Juez de primera instancia continuar con el conocimiento del medio de control, verificando si cumple con los requisitos para su admisibilidad, teniendo como cumplido lo referente a la presentación de la demanda en término.

7. COSTAS.

En consideración al contenido del artículo 244 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece que el recurso de apelación contra autos se decide de plano por el superior, este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente en cuanto no hubo actividad procesal en la instancia.

¹⁸ Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca,

RESUELVE:

1. Revocar el Auto Interlocutorio No. 055 de febrero 2 de 2021, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito judicial de Cali.
2. Sin costas en la instancia.
3. En firme el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Providencia discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha. Acta No. 73

LOS MAGISTRADOS,

(firmado electrónicamente)
EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

(firmado electrónicamente)
OSCAR SILVIO NARVAEZ DAZA

(firmado electrónicamente)
GUILLERMO POVEDA PERDOMO