



## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013-00 (0353-2008)**  
**Demandante : SANDRA PATRICIA ÁVILA GONZÁLEZ**  
**Demandados: GOBIERNO NACIONAL, INSTITUTO DE SEGUROS  
SOCIALES**

SE. 0018

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por la ciudadana Sandra Patricia Ávila González contra el Gobierno Nacional y el Instituto de Seguros Sociales.

### **ANTECEDENTES**

En nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la demandante solicitó, con petición de suspensión provisional, la declaratoria de nulidad: i) del artículo 50 del Decreto 758 de 1990 «Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios» expedido por el presidente de la República con la firma de la ministra de Trabajo y Seguridad Social, y ii) del artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998 «Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguros Sociales», proferida por el presidente del Instituto de Seguros Sociales.

Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Lo anterior porque en su sentir ambos preceptos adolecen de ilegalidad, en tanto que son contrarios a la normativa superior a la que deben sujetarse, pues, reviven los términos de prescripción que fueron previstos por el artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral o Decreto Ley 2158 de 1948, y por inconstitucionalidad, en razón a que desconocen la interpretación, que sobre dicha derogatoria y la exequibilidad del referido artículo 151, la Corte Constitucional vertió en las sentencias C-072 de 1994 y C- 624 de 2003.

La demandante inicialmente indicó, que el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 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 reconocido prescribía en 1 año. La Corte Constitucional en Sentencia C-624 de 2003, determinó que este artículo fue derogado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en 3 años.

Luego el Gobierno Nacional expidió el Decreto 758 de 1990 en cuyo artículo 50, estableció la prescripción de 4 años para el reconocimiento de la mesada pensional y de 1 año para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida; con lo que es evidente, que este decreto restablece los términos que contempló el artículo 36 de Ley 90 de 1946, derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal Laboral que fijó un término de prescripción trienal.

El Decreto 758 de 1990 no es un decreto ley ni tampoco un decreto con fuerza de ley, razón por la cual jerárquicamente se encuentra por debajo del Código de Procedimiento Laboral; con lo que su artículo 50, resulta ser contrario a la normativa superior que lo rige, por lo que deviene en ilegal. De igual manera, es inconstitucional, porque va en contravía de la decisión de la Corte Constitucional, en la que se consideró que el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo.



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

También el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, es ilegal e inconstitucional, porque contraría el Código de Procedimiento Laboral y la referida decisión de la Corte Constitucional, cuando establece el término de 1 año desde la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia de maternidad, para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Citó como normas vulneradas los artículos 1, 2, 4, 6, 13 y 48 de la Constitución Política y 11 de la Ley 153 de 1887.

En su sentir las disposiciones acusadas infringen las normas en las que deben fundarse, si se tiene en cuenta que contradicen lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que señala la prescripción de 3 años de las acciones emanadas de las leyes sociales, precepto que a su vez, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-072 de 1994; con lo que se menoscaba tanto el orden constitucional como el mismo Estado Social de Derecho.

En efecto, el Seguro Social niega las reclamaciones que se presentan con posterioridad a 1 año, incluso después de haber interpuesto los recursos, con fundamento en la resolución acusada, que como se advirtió, es contraria a la codificación procesal laboral.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El **Instituto de Seguros Sociales** se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto señaló, que de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media con prestación definida, son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

del Instituto con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en dicha ley a diferencia de cuando se trata de prestaciones de carácter económico no cubiertas por el ISS, es decir aquellas que son reconocidas y pagadas por regímenes distintos al de prima media con prestación definida, que se gobiernan por el término trienal establecido en el Código Procesal del Trabajo; por tanto, las normas acusadas por ser especiales y posteriores, prevalecen sobre las de carácter general.

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de diciembre de 1954 consideró, que el fenómeno jurídico de la prescripción en materia pensional, se predica del derecho que le asiste a una persona a reclamar las mesadas pensionales causadas según el término trienal aplicable a las leyes sociales y no así del derecho de una persona a percibir la pensión, que es imprescriptible.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional en Sentencia C-624 de 2003, manifestó que el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 fue derogado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, y por tanto el término de prescripción debía ajustarse al período trienal de las leyes sociales únicamente en cuanto se refiere a las mesadas pensionales, se debe tener presente, que en dicha providencia esa corporación se declaró inhibida y por tanto, no emitió decisión de fondo que permita tenerla como criterio vinculante.

Igualmente recalcó, que el «contenido normativo del artículo 36 de la Ley 90 de 1946 fue reproducido por el artículo 50 del Decreto 758 de 1990 y en esa medida, el contenido normativo de la disposición cobró su vigencia y fuerza vinculante», de manera tal, que por ser norma especial y posterior, debe prevalecer sobre el orden jurídico precedente y de carácter general.

El **Ministerio de Protección Social** indicó, que el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, que regía únicamente para los afiliados del Instituto de Seguros Sociales, se encuentra derogado con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, que mantuvo vigentes las disposiciones sobre seguros de invalidez,



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

vejez y muerte a cargo del Seguro Social, pero no las normas que fijan el término de prescripción para el reconocimiento de mesadas y demás prestaciones, pues estas deben ser iguales, tanto para el régimen de prima media con prestación definida como para el régimen de ahorro individual con solidaridad; por lo tanto, los términos de prescripción hoy vigentes, para el sistema general de pensiones, son los establecidos en el artículo 151 de la codificación procesal laboral. Y es por tal motivo, que se debe proferir fallo inhibitorio respecto de las pretensiones, en consideración a que la acción de nulidad no puede dirigirse contra normas que hayan perdido su vigencia.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **parte actora** reiteró, que las disposiciones acusadas son ilegales e inconstitucionales, porque resultan ser contrarias al Código de Procedimiento Laboral y a lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-624 de 2003, al limitar el período de prescripción de las acciones emanadas de las leyes sociales. Además, el decreto objeto de censura no fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias, lo que lo convierte en un decreto ordinario, que no cuenta con la jerarquía suficiente como para modificar las disposiciones del código, situación que igualmente es dable predicar de la Resolución 2266 de 1998.

Ni el **Ministerio de la Protección Social** ni el **Instituto de Seguros Sociales**, allegaron alegatos de conclusión.

**El Ministerio Público** señaló, que se debe acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, en el sentido de negar la solicitud de nulidad de lo dispuesto en la primera frase del artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y acceder a la solicitud de nulidad de lo prescrito en la segunda frase de la misma disposición, así como también de lo consagrado por el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998.



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Con relación a la primera expresión señaló, que no tiene vocación de prosperidad, porque cuando el Ejecutivo establece un término de prescripción de 4 años para el reconocimiento de la mesada pensional, que es superior al que la legislación ordinaria prevé, lo hace para otorgar un tratamiento más flexible al reconocimiento de las mesadas pensionales, lo que no va en detrimento de su función ni implica exceso de la potestad reglamentaria, en el entendido de que es deber constitucional dar aplicación al principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

En cuanto a la segunda locución indicó, que debe declararse su nulidad, teniendo en cuenta que establece que la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida prescribe en 1 año, a diferencia de lo contemplado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que señaló el término de prescripción en 3 años, para el uso de las acciones emanadas de las leyes sociales y que permanece aún después de la expedición de la Ley 712 de 2001, modificatoria de dicho estatuto; de tal suerte, que una norma de inferior jerarquía como es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado a través del Decreto 758 del mismo año, no puede reducir el término previsto en la norma general, pues ello, desconoce los principios de favorabilidad e igualdad.

Sobre el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998 sostuvo, que debe declararse su nulidad, porque dicha norma está dirigida a reglamentar todo lo relacionado con las incapacidades y licencias de maternidad del ISS, que son derechos sociales consagrados en la legislación laboral y frente a los que efectivamente hacen alusión las disposiciones ordinarias sobre prescripción, que son tajantes en fijar un período de 3 años.

Entonces, como esta Resolución rebaja o restringe ese término a 1 año, resulta incurso en un típico exceso de potestad reglamentaria, conducta que está vedada al Ejecutivo y contradice de manera abierta y directa el principio de favorabilidad en materia laboral, que si bien se aplica a los pensionados



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

como un derecho de orden social, no puede desconocerse para el caso de las incapacidades o licencias de maternidad, si se tiene en cuenta, que también es un derecho de este orden y que por tal razón goza de protección del Estado.

## CONSIDERACIONES

### ACOTACIONES PRELIMINARES

Primeramente la Sala señala, que el Decreto 758 de 11 de abril de 1990, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 2, rigió a partir de la fecha de su publicación, que lo fue el 18 de abril de 1990 en el Diario Oficial 39.303, de tal suerte, que al producir efectos durante su vigencia, se hace obligatorio emitir decisión de fondo, situación que igualmente puede predicarse frente a la Resolución 2266 de 1998, que de acuerdo con lo normado por su artículo 78, rigió desde su publicación, que tuvo lugar el 13 de agosto de 1998 en el Diario Oficial 43.362. Es por este motivo, que no le asiste razón al Ministerio de la Protección Social, cuando en su intervención argumenta, que la decisión que se profiera debe ser inhibitoria ante la pérdida de vigencia de las normas objetadas, porque lo cierto es, que produjeron efectos jurídicos desde que entraron en vigor.

En segundo lugar, es necesario indicar, en aras de evitar confusión que, aunque la demanda fue instaurada en contra del artículo 50 del Decreto 758 de 1990, lo cierto es, que este precepto forma parte del cuerpo normativo del Acuerdo 49 de 1990 «Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte»; acuerdo, que fue aprobado por el artículo 1 del aludido Decreto 758 de 1990.

En tercera instancia se manifiesta, que desde el punto de vista metodológico y básicamente atendiendo a las facultades del juez de lo contencioso administrativo, en lo relativo a la interpretación de la demanda, se tiene que la



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

actora formuló dos cargos de anulación: uno por ilegalidad y uno por inconstitucionalidad.

**La censura por ilegalidad** la fundamentó, en que con la expedición del artículo 50 del Decreto 758 de 1990 y del artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, se vulneró la normativa superior a la que deben sujetarse, en tanto, que reviven los términos de prescripción que fueron previstos por el artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

**Y el reproche por inconstitucionalidad** lo cimentó, en el desconocimiento a las interpretaciones de la Corte Constitucional, vertidas en las Sentencias C-072 de 1994 y C-624 de 2003; la primera, que declaró la exequibilidad del artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo y la segunda, en la que se determinó sobre la derogatoria de la que fue objeto el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 por parte del artículo 151 en mención.

En este punto no pasa desapercibido, que si bien es cierto, la accionante plantea un cargo por ilegalidad y otro por inconstitucionalidad, se debe tener presente, que esta última censura, la fundamenta en que los artículos acusados desconocen sentencias de constitucionalidad; pero se debe precisar, que tales fallos fueron proferidos por la Corte Constitucional, en análisis de disposiciones de orden legal, es decir de los artículos 36 de la Ley 90 de 1946 y 151 del Código Procesal Laboral; de lo que surge evidente, que el estudio de la conformidad de los preceptos objetados con el ordenamiento jurídico, no implica comparación directa con la Carta Política.

Y al respecto debe recordarse, que cuando de la acción de nulidad por inconstitucionalidad se trata, la misma exige que la confrontación de las normas acusadas deba realizarse en forma directa con los cánones superiores, a fin de establecer si las mismas los vulneran<sup>1</sup>; situación que no

---

<sup>1</sup> La Sala precisa que la nulidad por inconstitucionalidad difiere de la de nulidad por ilegalidad, pues la primera es de conocimiento de la Sala Plena Contenciosa y cuenta con un procedimiento especial y ágil dentro del marco del procedimiento ordinario, pero, con reglas especiales que garantizan una decisión ágil



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
 Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
 Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

ocurre en este caso en el que los cargos de censura planteados necesariamente implican el estudio de normas de orden legal. Es por la anterior razón, que la Sala realizará el análisis del asunto propuesto, solo sobre la base del reparo formulado por razones de ilegalidad.

## PROBLEMA JURÍDICO

La presente contención se centra entonces en determinar, si el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 de 1990 y el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, adolecen de nulidad por ilegalidad al infringir las normas en las que deben fundarse, cuando establecen un término de prescripción diferente al trienal que es ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

## NORMAS DEMANDADAS

La declaratoria de nulidad se solicita respecto del artículo 50 del Decreto 758 de 1990, cuyo tenor literal es el siguiente:

### «DECRETO 758 DE 1990

(Abril 11)

Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990

### MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

[...]

Artículo 50. **Prescripción.** 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.

---

sobre la validez, se dirige contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional y es privativa de los ciudadanos, con lo que adquiere la categoría de acción política, en contraposición con la de nulidad por ilegalidad, que es pública, de conocimiento de la Sección correspondiente, que la persona dirige contra el acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas y que busca el restablecimiento de la legalidad para asegurar la actuación lícita de la Administración.



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Igualmente se demandó el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, del presidente del Seguro Social, cuyo texto literal es el siguiente:

**Artículo 23. De los términos para la transcripción y cobro de las incapacidades o licencias por maternidad. El afiliado dispone de un año a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente, siempre y cuando haya cumplido los periodos de cotización respectivos para tener derecho a este.**

**PARÁGRAFO.** El funcionario competente tiene un plazo de tres (3) días hábiles para hacer la transcripción, contados a partir del día en que recibe la solicitud con el lleno de todos los requisitos.

En esta perspectiva y a fin de desatar la *litis*, la Sala inicialmente describirá la materia que regulan las disposiciones involucradas en el análisis al igual que lo concerniente con la prescripción, para luego realizar el estudio de su legalidad y así poder determinar si a la actora le asiste la razón en lo que pretende.

### **MATERIA QUE REGULAN LOS PRECEPTOS EN CUESTIÓN**

La **Ley 90 de 1946** en su artículo 1, estableció el Seguro Social Obligatorio de los trabajadores contra los riesgos de enfermedad no profesional y maternidad; invalidez y vejez; accidente de trabajo y enfermedad profesional; y, muerte. A la par en el artículo 8, creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a efecto de que ejerciera la dirección y vigilancia de los seguros sociales, para lo cual en su artículo 9, entre otras funciones, le atribuyó la de elaboración y modificación de sus propios estatutos y reglamentos generales, sobre los fundamentos fijados por esta ley y con sometimiento a la aprobación del presidente de la República.

En el **artículo 36** determinó, que «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 reconocidos, **prescribe en un (1) año**».



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Luego, el **Decreto Ley 2158 de 1948 o Código de Procedimiento Laboral en el artículo 151**, estipuló que «Las acciones que emanen de las leyes sociales **prescribirán en tres años**, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual».

De importancia resulta indicar, que esta norma alude a la prescripción de la acción, porque el derecho laboral cuenta con principios propios en virtud de los cuales, en los juicios del trabajo la figura de la prescripción se constituye en un fenómeno extintivo de la acción referente a la pretensión concreta, pero no, al derecho sustancial fundamental al trabajo, que goza de especial protección constitucional por cuenta del artículo 25 de la Carta Política y que, en sí, es imprescriptible.

En otras palabras, prescribe la acción concreta derivada del derecho, pero no el derecho en sí mismo. De igual manera, fijó la prescripción en el término de 3 años, por razones de oportunidad e inmediatez, de tal suerte que, si en ese lapso no se exterioriza la pretensión, se entiende que no existe un verdadero interés en el reclamo<sup>2</sup>.

Por su parte, el **Decreto 758 de 1990<sup>3</sup>**, fue emitido por la ministra de Trabajo y Seguridad Social, para por medio del mismo, **aprobar el Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990**, a través del cual el Consejo Nacional de los Seguros Obligatorios, **expidió el Reglamento General** del Seguro Social Obligatorio

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 24 de febrero de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto consideró: "Las normas acusadas (artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 y artículo 505 del Decreto 2663 de 1950) son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquél la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica".

<sup>3</sup> Decreto 758 de 1990. «Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios».



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

contra los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, con el fin de unificar la legislación existente sobre dicha temática.

Este **Acuerdo 49 de 1990**, en el **artículo 50** -norma acusada-, determinó que «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».

Y, la **Resolución 2266 de 1998**<sup>4</sup>, proferida por el presidente del Instituto de Seguros Sociales, reglamentó el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el ISS. Específicamente en su **artículo 23** -disposición acusada-, contempló que «El afiliado **dispone de un año a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad para solicitar** la transcripción del certificado y **el pago del subsidio correspondiente**, siempre y cuando haya cumplido los periodos de cotización respectivos para tener derecho a éste».

#### **DE LA LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 50 DEL ACUERDO 49 DE 1990**

La accionante argumenta, que el artículo 36 de la Ley 90 de 1946, a través del cual se fijaron los términos de prescripción tanto de la acción para el reconocimiento de la pensión como de la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones al igual que el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocida, fue derogado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral o Decreto Ley 2158 de 1948, con lo que no podía ser reproducido por el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990.

<sup>4</sup> Resolución 2266 de 1998. «Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguros Sociales».



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Encuentra la Sala, que de la lectura del artículo 36 de la Ley 90 de 1946 en contraste con la del artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990, surge incuestionable, que esta última norma no pasa de ser una reproducción de la primera que, además, es jurídicamente desafortunada en su redacción.

En efecto, el artículo 50 del Acuerdo instaura en 4 años el término de «**prescripción para el reconocimiento** de una mesada pensional», con lo que desconoce que el derecho al reconocimiento de la pensión, es imprescriptible<sup>5</sup>, porque se trata de una prestación social de naturaleza periódica o de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, que según los mandatos de la Carta Política es irrenunciable, tal como lo establece su artículo 48 y cuyo pago debe ser oportuno según lo determina su artículo 53. A contrario, lo que legalmente bien puede someterse al término prescriptivo, es el derecho al **cobro** de las respectivas mesadas pensionales.

Es así como la Corte Constitucional en cuanto al derecho a la pensión y a la reclamación de las mesadas pensionales determinó, que el Legislador **no** puede consagrar la prescripción del derecho al reconocimiento de la pensión como tal, pero sí, puede establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas<sup>6</sup>; con lo que resulta ajustado a derecho el término de

---

<sup>5</sup> En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a las pensiones son ilustrativas las Sentencias de la Corte Constitucional C-624 de 29 de julio de 2003, C-230 de 20 de mayo de 1998, C-198 de 7 de abril de 1999, que coinciden en considerar que la ley no puede consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, porque es 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, no solo 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. La pensión constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial de las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social, 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.

<sup>6</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-198 de 1999 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, estableció «... **el derecho al trabajo** o a la libertad económica son como tales **imprescriptibles**, por lo cual no puede la ley, por ejemplo, establecer que quien deje de trabajar durante un determinado término pierde la posibilidad de hacerlo. Sin embargo, bien puede la ley señalar que si una persona no reclama en un plazo prudente el dinero que se le debe como producto de haber realizado una determinada labor, entonces pierde el derecho a exigir ese dinero, sin que se pueda decir que se está afectando **su derecho al trabajo** como tal, el cual **sigue siendo imprescriptible**».



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
 Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
 Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

prescripción trienal, como lapso temporal que la ley fija para la reclamación de esos créditos o mesadas<sup>7</sup>.

De igual manera, dicho artículo determina, que «La **prescripción** para el reconocimiento de una mesada pensional **prescribe...**», con lo que a todas luces se aprecia error en el lenguaje utilizado en la redacción de la norma, pues resulta jurídicamente erróneo señalar, que la prescripción prescribe, cuando en el ámbito del derecho laboral, como atrás se indicó, lo que prescribe es la **acción** concreta derivada del derecho al cobro de las correspondientes mesadas pensionales, si las mismas no son objeto de reclamación en los plazos señalados por la ley.

A lo anterior hay que agregar, que este precepto determinó: «... el **derecho a cobrar** cualquier **subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida prescribe en un (1) año**», desconociendo que el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo dispone, que la prescripción es de 3 años respecto de las acciones que emanen de las leyes sociales; y hay que tener presente, que esos subsidios, prestaciones o mesadas ya reconocidas, claramente se constituyen en derechos de carácter social, que se deben someter al término prescriptivo que el Código de Procedimiento Laboral establece, máxime que el artículo 151, fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-072 de 1994<sup>8</sup>.

Y sin que se pueda omitir, que con posterioridad, en la Sentencia C-624 de 2003, la referida Corte se declaró inhibida para valorar la constitucionalidad del **artículo**

<sup>7</sup> La Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa en la Sentencia C-072 de 1994, declaró exequible el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y al efecto sobre la prescripción trienal fijada a través de dicha norma, señaló que «El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo».

<sup>8</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-072 de 1994 consideró que el artículo 151 del Decreto 2158 de 1994 (Código de Procedimiento Laboral) y el artículo 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488 «... son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquel la oportunidad de reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica».



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
 Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
 Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

**36 de la Ley 90 de 1946**, precisamente por considerar, que **fue derogado por cuenta del referido artículo 151<sup>9</sup>**, que debe recalcar, se erige como dispositivo de mayor jerarquía frente al Acuerdo 49 de 1990 por medio del cual el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios fijó el reglamento general del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, cuyos destinatarios son los afiliados al ISS y que debe sujeción estricta al Código Procesal del Trabajo.

De esta suerte, válidamente se puede afirmar, que el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 deviene en ilegal al constituirse en una rústica reproducción<sup>10</sup> del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo, y es por tal motivo que se declarará su nulidad.

#### **LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 23 DE LA RESOLUCIÓN 2266 DE 1998**

Fue también objeto de acusación el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, porque igualmente en sentir de la accionante, pretende revivir el contenido normativo del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 o Código de Procedimiento Laboral.

Pues bien, como se anticipó, el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 en lo pertinente señaló «... la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y **el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidos, prescribe en un (1) año**».

<sup>9</sup> En la Sentencia C-624 de 2003 la Corte Constitucional razonó sobre la derogatoria del artículo 36 de la Ley 90 de 1946 de la siguiente manera: «**Inhibición por derogatoria del precepto legal acusado**. 13. Como bien lo sostienen algunos intervinientes, la expresión acusada: "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", **fue derogada por el artículo 151 del Decreto - ley 2158 de 1948**, el cual dispone que las acciones emanadas de las leyes sociales prescriben en un término de tres (3) años. (...) Con todo, esta Corporación igualmente ha determinado que en ciertas circunstancias, es posible la valoración de constitucionalidad de normas derogadas, cuando se estime que las mismas, pese a la derogatoria, están produciendo o pueden llegar a producir efectos jurídicos. Sin embargo, en este caso, dicha hipótesis es improcedente, ya que las normas laborales tienen efectos generales e inmediatos y, eventualmente, retrospectivos. Luego, **el precepto legal acusado no puede seguir produciendo efectos**, en razón de la inoperancia de la retroactividad y la ultractividad de las leyes sociales. (...)».

<sup>10</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera edición. Madrid: Espasa-Calpe S.A., 1992, p. 1259. **Reproducir**. "1. Volver a producir o producir de nuevo; 2. Volver a hacer presente lo que antes se dio y alegó". Significa entonces, que reproducir una disposición legal, es simplemente, retomar el texto legal derogado y consagrarlo en una nueva ley.



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

Por su parte, el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, preceptúa: «**De los términos para la transcripción y cobro de incapacidades o licencias por maternidad. El afiliado dispone de un año** a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad **para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente**, siempre y cuando haya cumplido los períodos de cotización respectivos para tener derecho a éste».

Salta a la vista de la lectura de ambos preceptos que, de igual manera, esta última disposición reproduce un apartado del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, pues en uno y otro se dispone, que el derecho al cobro o pago del subsidio correspondiente prescribe en 1 año.

Significa, que cuando tiene ocurrencia el evento que originó la incapacidad o la licencia de maternidad y se pretende por parte del afiliado el pago del correspondiente subsidio, cuenta con solo 1 año para efectuar la reclamación respectiva.

Sin embargo, tal como se anticipó en el anterior análisis, dicho término de prescripción deviene en ilegal, habida cuenta de que tanto la incapacidad como la licencia de maternidad se constituyen en derechos de carácter social, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se encuentran sometidos a la prescripción trienal, sin que le sea permitido a la presidencia del Seguro Social a través de una resolución, con claro desconocimiento de la normativa superior a la cual debe sujetarse, desconocer la naturaleza de tales derechos para asignarles un menor tiempo de prescripción, en claro detrimento de los afiliados.

Por manera que es evidente, que igualmente en este caso se presenta una reproducción del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Código Procesal Laboral, razón suficiente para declarar la ilegalidad del artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998.



Radicación: 11001 03 25 000 2008 00013 00 (0353-2008)  
Demandante: Sandra Patricia Ávila González  
Demandado: Gobierno Nacional, Instituto de Seguros Sociales

En suma, al evidenciarse que los preceptos acusados no pasan de ser transcripciones del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 150 del Estatuto Procesal del Trabajo, esta Sala declarará su nulidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

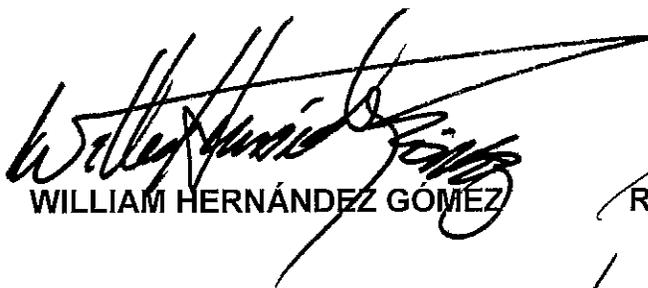
**DECLÁRASE LA NULIDAD** del artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 aprobado por medio del Decreto 758 de 1990 y del artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Se reconoce personería al abogado Eleazar Falla López como apoderado del Ministerio de la Protección Social de conformidad con poder que obra a folios 137.

En firme esta sentencia archívese el expediente.

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

