

ACTO ADMINISTRATIVO DE REVOCATORIA DIRECTA - No es pasible de control jurisdiccional / VIA GUBERNATIVA - No hace parte de ella la solicitud de revocatoria directa

En primer lugar, se observa que la parte actora procedió a demandar en conjunto los siguientes actos: i) la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada; y ii) la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004, que resolvió negativamente la petición de revocatoria directa elevada respecto de la decisión inicial. Precisa la Sala frente al segundo acto demandado, que éste no es pasible de control jurisdiccional, como quiera que la solicitud de revocatoria directa constituye un mecanismo del administrado para obtener en cualquier tiempo el restablecimiento de un derecho respecto de un acto administrativo frente al que no se ejercieron los recursos de Ley, o sencillamente, el respeto del ordenamiento jurídico y de los intereses de la colectividad por parte de la Administración, sin que ello implique una forma de cumplir el presupuesto procesal de agotamiento de la vía gubernativa, ni de revivir los términos legales para acudir al ejercicio de las acciones contencioso administrativas, razón por la que la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004 no podía engrosar el petitum y por tanto resulta improcedente cualquier pronunciamiento respecto de su legalidad. Así las cosas, la pretensión anulatoria debe agotarse únicamente frente a la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002, pues fue ésta la que, en respuesta del derecho de petición elevado por la actora, negó el derecho jubilatorio reclamado con base en la aplicación del régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985.

CADUCIDAD DE LA ACCION RESPECTO DE PRESTACIONES PERIODICAS - Actos que niegan prestaciones pensionales. No se encuentran sujetos a caducidad. Reiteración jurisprudencial / VIA GUBERNATIVA - Presupuesto procesal en el juicio contencioso / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Exige el agotamiento de la vía gubernativa / VIA GUBERNATIVA - Requisito de procedibilidad. Finalidad / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Carácter inalienable e irrenunciable de las personas de la tercera edad / DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL - Configuración / PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Protección, asistencia y garantía de su derecho a la seguridad social / PRESUPUESTO PROCESAL DE LA VIA GUBERNATIVA - Inaplicación porque limita la eficacia del derecho prestacional a la seguridad social de las personas de la tercera edad

Respecto a la caducidad de la acción, anota la Sala que de acuerdo con la reinterpretación del numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, expresada por esta Corporación en sentencia del 2 de octubre de 2008 dentro del Expediente No. 0363-08, bajo una interpretación constitucional y razonable de la norma en mención, dado el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos pensionales (como los discutidos en este caso), y en atención al carácter fundamental de los derechos vinculados a las controversias concernientes a los extremos esenciales de la seguridad social, los actos que niegan prestaciones periódicas no se encuentran sujetos a la regla de caducidad que impone su demanda dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación, notificación, comunicación o ejecución, razón por la que en el sub examine no opera dicho fenómeno procesal de carácter perentorio y por ende no existe óbice para el examen del acto acusado, aun cuando su demanda se surtió una vez superado el referido término. De conformidad con el artículo 135 del Código

Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, constituye presupuesto indispensable para acudir ante esta Jurisdicción en acción contenciosa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se haya agotado la vía gubernativa. Así, el respectivo acto administrativo con el que se considera se conculcó un derecho jurídicamente protegido debe someterse a su agotamiento, que según lo prescribe el artículo 63 ibidem, se entiende superado cuando contra el acto administrativo inicial o decisión previa de la Administración no procede recurso alguno, cuando los recursos ejercidos se han resuelto y cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición y de queja. el análisis constitucional de la preceptiva legal que establece la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, evidencia una doble finalidad en su configuración normativa, dirigida en primer lugar a favor del administrado dentro del marco jurídico-político del Estado Social de Derecho, al constituir una forma de control jurídico a la actuación de la Administración y en este sentido, la primera oportunidad para que, quien afectado por una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, busque el restablecimiento rápido y oportuno de los mismos sin tener que acudir a la vía judicial; de otra parte, es la oportunidad para que la Administración revise sus propios actos dentro del ámbito de la pretensión particular que posteriormente sería ventilada ante el Juez Administrativo, de manera que ésta pueda, en el evento en que sea procedente, modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial, en aras de rectificar sus errores, de salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa y en este sentido, contribuir con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado frente a los cuales se encuentra directamente comprometida. Lo anterior constituye una justificación objetiva y razonable frente a la exigencia legal de la vía gubernativa, igualmente concebida en los sistemas jurídicos de linaje continental como la autotutela con la que la Administración además de exteriorizar la soberanía inherente al Estado, garantiza la vigencia de la Ley en sentido positivo, en cuanto coadyuva al sometimiento del acto administrativo a la voluntad del Legislador y resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido de que éstos resulten amparados bajo la misma. Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor, representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social. La exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibidem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, para el caso concreto, la eficacia del derecho prestacional de la actora, en tanto impide su definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas, exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicado atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4° Superior que impone la aplicación en rigor del

ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con las disposiciones de menor jerarquía.

SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Inaplicación de la vía gubernativa. Derecho a la dignidad humana. Derecho a la integridad física. Mínimo vital. Excepción de inconstitucionalidad / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento. Presupuesto procesal. Inaplicación. Seguridad Social de las personas de la tercera edad. Excepción de inconstitucionalidad / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Vía gubernativa. Agotamiento. Presupuesto procesal. Inaplicación. Seguridad social de las personas de la tercera edad

En casos como éste en que el juez advierte un conflicto abierto frente a las normas constitucionales que imponen a las autoridades la protección -cuando hay lugar a ello- de los derechos de las personas de la tercera edad, es su deber reivindicar la supremacía del ordenamiento fundamental inaplicando la normatividad inferior por vía de la excepción de inconstitucionalidad, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico en su escala jerarquizante y de garantizar la protección de los derechos de las personas, toda vez que no concuerda priorizar la exigencia prevista por el Legislador que impone el deber de agotamiento de los recursos -el de apelación fundamentalmente- a título de condición para el acceso al control judicial de un acto administrativo que niega el derecho prestacional, en razón a que en esta voluntad negativa de la Administración y su correlativo control judicial, gravita la concreción del deber del Estado para proteger la vigencia de los derechos prestacionales, que desde luego no implica su necesario reconocimiento sino el análisis por parte del fallador acerca de la existencia o no de dicha garantía iusfundamental.

PENSIONES - Régimen aplicable para empleados públicos tanto nacionales como territoriales / PENSION DE JUBILACION - Monto de las pensiones sometidas al régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL - Ley 33 de 1985. Requisitos. Factor de liquidación / PENSION ORDINARIA DE JUBILACION - Aplicación de la ley 33 de 1985. Requisitos. Excepciones. Régimen de transición / PENSION DE JUBILACION - Aplicación de normas anteriores a la ley 33 de 1985 / PENSION DE JUBILACION - Régimen aplicable. Tiempo de servicios en el sector público y privado

La Ley 100 de 1993, en su artículo 36 inciso segundo dispuso que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinarían por el régimen anterior al que se encontraran afiliados los solicitantes, siempre y cuando para el momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, estos hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos quince (15) años de servicios cotizados. Para la fecha de entrada en vigencia del dicho sistema en el nivel departamental, municipal y distrital -30 de junio de 1995-, la actora superaba con creces los presupuestos del régimen de transición consignado en el referido artículo 36, como quiera que ya contaba con más de 45 años de edad y con el tiempo de servicios necesario para pensión, lo que habilita la aplicación del régimen anterior, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985 y no la Ley 71 de 1988, como equivocadamente lo afirma el recurrente, pues la pensión allí establecida, refiere a la acumulación de tiempos de servicios en el sector oficial y en el sector privado, tal como lo precisó la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 con ponencia del Dr. Antonio Barrera

Carbonell, de donde resulta la improcedencia de su aplicación para el caso de la actora, por cuanto los tiempos acreditados corresponden todos a servicios en el sector público como se señaló inicialmente conforme a la certificaciones allegadas; así, en tanto nunca perdió su calidad de empleada pública corresponde analizar su derecho a la luz de la Ley 33 de 1985 por lo expuesto en el párrafos precedente. La Ley en comento, que obliga desde el 13 de febrero de 1985 - fecha de su promulgación -, es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los órdenes. Para la pensión ordinaria de jubilación dicho ordenamiento exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y que tenga 55 años de edad; sin embargo, se exceptúan de su aplicación a los siguientes sujetos: 1. Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones; 2. Los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa Ley; se entiende que es necesario que ese régimen anterior haya sido expedido conforme a la Constitución. 3. Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro. 4. Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán sometidos a las normas anteriores a la misma. En el presente caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes tenía más de 15 años de servicio, como se infiere de los tiempos de servicios inicialmente enunciados y que aparecen debidamente certificados dentro del expediente, lo que implica su incursión en el régimen de transición previsto en el parágrafo 2° ibídem, que habilita en cuanto a la edad el régimen anterior. Dicho régimen anterior corresponde en este caso al contenido en la Ley 6ª de 1945, entratándose en su mayoría de servicios prestados al Distrito. La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17 literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios. Posteriormente, fue incorporado el monto pensional del 75% mediante el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 ibídem.

REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 33 DE 1985 - Aplicación integral / PRINCIPIO DE INESCENDIBILIDAD DE LA LEY - Aplicación. La norma que se adopta debe ser aplicada en su integridad / PRINCIPIO DE INESCENDIBILIDAD - Aplicación. Régimen pensional a aplicar a empleado público con tiempo de vinculación en el sector público y privado

La situación fáctica que exhibe la actora la habilita plenamente para acreer el derecho pensional bajo el imperio de la Ley 6ª de 1945, esto es, con 50 años de edad, 20 años de servicios y en un 75% del promedio salarial del último año de servicios, lo que sin duda alguna motivó la declaración del derecho por parte del a quo. Ahora, si bien alega el recurrente la aplicación de la Ley 100 de 1993 en cuanto al Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales a partir de los cuales debe calcularse el monto pensional, precisa la Sala que de conformidad con el principio de “inescindibilidad de la Ley” tal apreciación resulta equívoca, pues dentro de una sana hermenéutica no es viable desmembrar las normas legales, de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición,

debe aplicársele en íntegro el régimen que lo cobija y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Lo anterior sugiere entonces la revisión de los términos de reconocimiento del derecho pensional, concretamente frente a la norma que define el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la actora, no obstante, dicho análisis resultaría gravoso para el apelante único por cuanto arrojaría eventualmente la ampliación de la condena impuesta, razón por la que la Sala se abstendrá de abordar el asunto aun cuando fue propuesto dentro del recurso, por virtud del límite establecido al juzgador de segunda instancia derivado del postulado de la no reformatio in pejus, por lo que se conservará incólume la decisión recurrida.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-04715-01(2599-07)

Actor: TERESA DEL SOCORRO FRANCO JAIMES

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de agosto del 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora Teresa del Socorro Franco Jaimes, actuando mediante apoderado judicial, instauró acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de la

pensión de jubilación solicitada; y de la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004, que resolvió negativamente la solicitud de revocatoria directa elevada respecto de la decisión anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos establecidos en la Ley 6° de 1945, a partir del 8 de febrero del 2000, es decir, al cumplir 50 años de edad y 20 años de servicios, en un monto del 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes durante el último año de servicios y con la actualización de las sumas causadas ordenada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, solicita el cumplimiento de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como sustento de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes hechos:

La señora Teresa del Socorro Franco Jaimes nació el 8 de febrero de 1950 y prestó sus servicios durante 22 años, 10 meses y 11 días, en diferentes Entidades del Sector Público, esto es, en la Empresa de Teléfonos de Bogotá - Telecom-, en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá E.S.P. y en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P., desde el año 1968 hasta el año 1992, en forma interrumpida.

Con fundamento en el régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985 y al reunir los requisitos que establecidos en el régimen pensional anterior -Ley 6 de 1945-, es decir, 50 años de edad y 20 años de servicios, la demandante solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de su derecho pensional, petición resuelta negativamente mediante la Resolución No. 026068 el 5 de noviembre de 2002, por considerar que a la fecha en que entró en vigencia la citada norma -29 de enero de 1985-, ésta no reunía los requisitos que habilitaban la aplicación del régimen invocado.

Posteriormente, mediante escrito calendado del 31 de marzo de 2003, la actora solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales la revocatoria directa de la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre de 2002, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 reunía más de 15 años de servicios, que le permitían acceder al reconocimiento pensional con 50 años de edad y 20 de servicios de acuerdo con el régimen anterior a la misma, como lo solicitó inicialmente.

El Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004, decidió no revocar el acto administrativo cuestionado manteniendo los fundamentos de derecho de la decisión administrativa inicial, es decir, que la demandante no podía acceder al régimen de transición invocado por cuanto no reunía los requisitos para su aplicación, pues tan solo demostró en su historia laboral 14 años, 8 meses y 15 días de servicios, situación que impedía acceder a su pretensión.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Cita como normas violadas con los actos demandados las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985, y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que la demandante para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, había completado más de 15 años de servicios discontinuos en el sector público que le permitían acceder a la pensión de jubilación a la edad de 50 años, en virtud del régimen de transición allí previsto; sin embargo, el Instituto de Seguros Sociales, por error y negligencia al no corregir la Historia Laboral de la actora pese a las frecuentes solicitudes presentadas, pretende aplicar una norma que no es procedente, esto es, el artículo 1º de la citada Ley, que establece el acceso al derecho jubilatorio con 55 años de edad y 20 años de

servicios, proceder que desconoce la situación fáctica del caso y vulnera los derechos adquiridos de la demandante.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada la demanda propuesta (fl. 48), el Instituto de Seguros Sociales omitió comparecer a dar contestación al libelo.

Agotada la etapa probatoria y de alegatos de conclusión sin que se advirtiera causal de nulidad, el Tribunal concluyó la instancia dictando sentencia de mérito.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 30 de agosto de 2007, accedió a las súplicas de la demanda (fl. 342).

Luego de analizar el fondo del asunto a la luz de las normas invocadas y del acervo probatorio que acompaña el expediente, consideró que a la demandante le resultaba aplicable el régimen de transición contenido en la Ley 33 de 1985, pues los tiempos de servicios aducidos se encuentran debidamente acreditados por las Entidades Públicas en las cuales se desempeñó, lo que presupone la existencia del derecho pensional.

Concretamente, frente al periodo laborado en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá entre el 2 de marzo de 1983 y el 3 de octubre del mismo año, precisó que aun cuando no aparecen los reportes de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide el reconocimiento pensional de la demandante en tanto se encuentra probada la prestación del servicio, de donde concluyó que la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes completó para el 13 de febrero de 1985 un tiempo de servicios de 15 años, 3 meses y 27 días, que permitía la aplicación

del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en virtud del cual debe pensionarse con 50 años de edad y 20 de servicios al tenor de lo dispuesto en el régimen anterior consagrado en el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945. Así las cosas, procedió a anular las Resoluciones demandadas y a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la actora, a partir del 8 de febrero del año 2000, fecha en que se consolidó su status pensional.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia proferida por el a quo, la parte demandada recurrió la decisión oportunamente (fls. 367 y 379) y solicitó su revocatoria bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, precisa que mediante Resolución No. 0033450 del 30 de agosto del 2006, el Instituto de Seguros Sociales reconoció el derecho jubilatorio a la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes, razón por la que los actos demandados pueden entenderse revocados y por ende, el Tribunal no podía emitir pronunciamiento al respecto, como quiera que ya no se encontraban produciendo efecto jurídico alguno.

De otra parte, afirma que el a quo no tuvo en cuenta la caducidad de la acción que operaba frente a los actos acusados, pues se acudió a la vía jurisdiccional con posterioridad al término de cuatro meses que impone la norma.

Señaló la imposibilidad de dar aplicación al régimen de transición reconocido, en tanto la accionante se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales y a éste corresponde reconocer y pagar las pensiones de sus cotizantes únicamente de conformidad con sus reglamentos y no bajo las condiciones del régimen general.

Por último y en caso de que resultare procedente el régimen de transición reclamado, solicitó subsidiariamente la aplicación del inciso tercero del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994 en cuanto al Ingreso Base de Liquidación de la pensión reconocida, por considerar que aun cuando los requisitos de la prestación se rijan por la Ley 6ª de 1945, la liquidación de la misma debe hacerse de conformidad con las normas vigentes al momento de la causación del derecho, esto es, a 8 de febrero del 2000, como quiera que la transición es aplicable exclusivamente frente a los requisitos de edad y tiempo de servicios, y en cuanto al porcentaje pensional del 75%.

IV. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Examinado el sub lite y previo a abordar el asunto propuesto por el ente demandado en esta instancia, advierte la Sala que el a quo procedió a decidir de fondo la controversia, pese a algunas falencias sustanciales y procedimentales que eventualmente generarían una decisión inhibitoria, razón por la que se abordará cada una de ellas a fin de enderezar la litis y salvaguardar el análisis del derecho que se discute, de conformidad con el imperativo principio estatuido para el ejercicio de la función judicial por el artículo 228 de la Constitución Política.

En primer lugar, se observa que la parte actora procedió a demandar en conjunto los siguientes actos: i) la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada; y ii) la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004, que resolvió negativamente la petición de revocatoria directa elevada respecto de la decisión inicial.

Precisa la Sala frente al segundo acto demandado, que éste no es pasible de control jurisdiccional, como quiera que la solicitud de revocatoria directa constituye un mecanismo del administrado para obtener en cualquier tiempo el restablecimiento de un derecho respecto de un acto administrativo frente al que no se ejercieron los recursos de Ley, o sencillamente, el respeto del ordenamiento jurídico y de los intereses de la colectividad por parte de la Administración, sin que

ello implique una forma de cumplir el presupuesto procesal de agotamiento de la vía gubernativa, ni de revivir los términos legales para acudir al ejercicio de las acciones contencioso administrativas, razón por la que la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004 no podía engrosar el petitum y por tanto resulta improcedente cualquier pronunciamiento respecto de su legalidad.

Así las cosas, la pretensión anulatoria debe agotarse únicamente frente a la **Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002**, pues fue ésta la que, en respuesta del derecho de petición elevado por la actora, negó el derecho jubilatorio reclamado con base en la aplicación del régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985.

Ahora, observa la Sala, que respecto a dicho acto acaece la ausencia de dos presupuestos procesales: el primero -que advierte dentro del recurso el ente demandado-, se concreta en la falta de oportunidad en el ejercicio de la acción, es decir, la operación del fenómeno de caducidad; y el segundo, se contrae a la denominada falta de agotamiento de la vía gubernativa por ausencia del ejercicio de los recursos de Ley.

Respecto a la caducidad de la acción, anota la Sala que de acuerdo con la reinterpretación del numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, expresada por esta Corporación en sentencia del 2 de octubre de 2008 dentro del Expediente No. 0363-08, ¹ bajo una interpretación constitucional y razonable de la norma en mención, dado el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos pensionales (como los discutidos en este caso), y en atención al carácter fundamental de los derechos vinculados a las controversias concernientes a los extremos esenciales de la seguridad social, **los actos que niegan prestaciones periódicas no se encuentran sujetos a la regla de caducidad que impone su demanda dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación, notificación, comunicación o ejecución**, razón por la que en el sub examine no opera dicho fenómeno procesal de carácter

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicación N° 25000 2325 000 2002 06050 01 (0363-08). Actor: María Araminta Muñoz de Luque. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

perentorio y por ende no existe óbice para el examen del acto acusado, aun cuando su demanda se surtió una vez superado el referido término (fl. 7 y 42 vto).

De otra parte, se observa que contra el acto que resolvió negativamente la solicitud pensional de la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes -Resolución No. 026068 del 5 de noviembre del 2002-, procedía tanto el recurso de reposición como el de apelación -como efectivamente lo indicó la Administración en el numeral segundo de la parte resolutive del acto acusado visible a folio 6 del expediente-. Sin embargo, éste adquirió firmeza sin que la peticionaria acudiera a impugnar la decisión en ejercicio al menos del recurso obligatorio de apelación, razón por la cual respecto al mismo se afirmaría la falta de agotamiento de la vía gubernativa, que en la práctica contenciosa torna inadmisibile la revisión del derecho sustancial demandado, con la consecuencia procedimental de declarar de oficio la excepción de ineptitud de demanda por ausencia del requisito prejudicial de agotamiento de la vía gubernativa, cuya sinonimia se traduce en una desafortunada decisión inhibitoria.

No obstante, la Sala es consciente de que tal decisión no es la manera normal de concluir un asunto contencioso, más cuando se encuentra de por medio el reconocimiento de un derecho pensional, razón por la que en el sub lite, resulta necesario revisar el tema a la luz del ordenamiento constitucional en aras de examinar en estos casos la imperatividad de dicho presupuesto procesal. Ciertamente se recoge aquí un supuesto de conflicto de intereses, en tanto está de por medio la obediencia formal al imperativo de la vía gubernativa como presupuesto procesal, en pugna con la eficacia de un principio y un derecho constitucional, que en forma simultanea imponen al Juez el deber de armonizar el antagonismo detectado, a lo que en seguida la Sala procede dentro de la perspectiva que se muestra a continuación.

1.1 Examen de la vía gubernativa como presupuesto procesal en el juicio contencioso.

De conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989,² constituye presupuesto indispensable para acudir ante esta Jurisdicción en acción contenciosa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se haya agotado la vía gubernativa. Así, el respectivo acto administrativo con el que se considera se conculcó un derecho jurídicamente protegido debe someterse a su agotamiento, que según lo prescribe el artículo 63 ibidem, se entiende superado cuando contra el acto administrativo inicial o decisión previa de la Administración no procede recurso alguno, cuando los recursos ejercidos se han resuelto y cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición y de queja.³

Esta exigencia legal implica entonces, salvo contadas excepciones, el ejercicio de los recursos de Ley frente a los actos administrativos de carácter particular y concreto, fundamentalmente del recurso de apelación cuando éste resulta procedente, en tanto las normas de procedimiento administrativo han establecido su obligatoriedad a diferencia de los recursos de reposición y de queja cuyo ejercicio es meramente facultativo,⁴ so pena de tornarse improcedente el acceso a la vía judicial en aplicación de los preceptos legales anteriormente mencionados.

El ordenamiento procesal administrativo actual, establece ciertas salvedades frente a su imperativo agotamiento. Tales situaciones se circunscriben a: i) los casos en que opera el silencio administrativo con relación a la primera petición, ii) como ya se mencionó, cuando contra la decisión inicial proceden únicamente los recursos de reposición o de queja, y iii) cuando en el acto respectivo no se hayan indicado los recursos procedentes contra dicha decisión; eventos en los que se habilita la posibilidad de demandabilidad directa por expresa disposición legal.

² Artículo. 135. Subrogado. D.E. 2304/89, art. 22. Posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa. Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos

³ Artículo. 63. Agotamiento de la vía gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

⁴ Artículos 50 y 51 del C.C.A.

Ahora, el análisis constitucional de la preceptiva legal que establece la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, evidencia una doble finalidad en su configuración normativa, dirigida en primer lugar a favor del administrado dentro del marco jurídico-político del Estado Social de Derecho, al constituir una forma de control jurídico a la actuación de la Administración y en este sentido, la primera oportunidad para que, quien afectado por una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, busque el restablecimiento rápido y oportuno de los mismos sin tener que acudir a la vía judicial; de otra parte, es la oportunidad para que la Administración revise sus propios actos dentro del ámbito de la pretensión particular que posteriormente sería ventilada ante el Juez Administrativo, de manera que ésta pueda, en el evento en que sea procedente, modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial, en aras de rectificar sus errores, de salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa y en este sentido, contribuir con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado frente a los cuales se encuentra directamente comprometida. Lo anterior constituye una justificación objetiva y razonable frente a la exigencia legal de la vía gubernativa, igualmente concebida en los sistemas jurídicos de linaje continental como la autotutela con la que la Administración además de exteriorizar la soberanía inherente al Estado, garantiza la vigencia de la Ley en sentido positivo, en cuanto coadyuva al sometimiento del acto administrativo a la voluntad del Legislador y resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido de que éstos resulten amparados bajo la misma.

Dicho trámite no es entonces, primordialmente, un presupuesto procesal de carácter restrictivo -aunque en virtud de la libertad de configuración de que goza el Legislador así se haya establecido-⁵, sino un instrumento jurídico o mecanismo de seguridad jurídica para los ciudadanos, quienes pueden ejercer su derecho de defensa frente a la actuación administrativa que afecte sus derechos particulares y concretos; y a su vez, una herramienta efectiva para lograr el adecuado funcionamiento de la Administración, en la búsqueda de la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en el Ordenamiento Jurídico, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos.⁶

⁵ Corte Constitucional. C- 742 de 1999.

⁶ Corte Constitucional. T-576-92, C-742-99 y C-319-02.

La lectura anterior, amerita una reflexión que facilite la concordancia entre la obediencia al presupuesto gubernativo y el funcionamiento y plena vigencia de los principios y derechos constitucionales, pues como se señaló inicialmente, en la práctica contencioso administrativa, la inobservancia del ejercicio obligatorio del recurso de apelación a que se reduce finalmente el agotamiento de la vía gubernativa, declina procesalmente la aspiración del administrado de ventilar el asunto en sede judicial de manera exitosa, bien por el rechazo inicial de la demanda que acaece en ausencia del mismo o bien por la resolución inhibitoria de la controversia, situación que choca frente a la realidad jurídica de derechos como la seguridad social de prevalente amparo constitucional como el discutido en el sub examine en donde la pretensión se encuentra dirigida a la realización del derecho jubilatorio de la actora, en tanto la exigencia de dicho presupuesto obstruye la vigencia del mismo en contravía de claros preceptos supraleales que imponen al Estado su garantía.

En efecto, en el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.⁷

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor, representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen

⁷ Corte Constitucional. T-528-07, T-558-97, T-299 de 1997, T-305-98, T-169-98, T-137-00, T-190-00, T-1154-00, C-130-04, C-425-05.

necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social.⁸

El anterior panorama, fuerza a concluir, que la exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibídem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, para el caso concreto, la eficacia del derecho prestacional de la actora, en tanto impide su definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas, exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicado atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4° Superior que impone la aplicación en rigor del ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con las disposiciones de menor jerarquía.

Así, en casos como éste en que el juez advierte un conflicto abierto frente a las normas constitucionales que imponen a las autoridades la protección - cuando hay lugar a ello- de los derechos de las personas de la tercera edad, es su deber reivindicar la supremacía del ordenamiento fundamental inaplicando la normatividad inferior por vía de la excepción de inconstitucionalidad, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico en su escala jerarquizante y de garantizar la protección de los derechos de las personas, toda vez que no concuerda priorizar la exigencia prevista por el Legislador que impone el deber de agotamiento de los recursos -el de apelación fundamentalmente- a título de

⁸ Artículo 13.—*Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 46. —*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.

condición para el acceso al control judicial de un acto administrativo que niega el derecho prestacional, en razón a que en esta voluntad negativa de la Administración y su correlativo control judicial, gravita la concreción del deber del Estado para proteger la vigencia de los derechos prestacionales, que desde luego no implica su necesario reconocimiento sino el análisis por parte del fallador acerca de la existencia o no de dicha garantía iusfundamental.

De manera objetiva, es apreciable la discordancia que supone la obediencia del requisito impuesto, cuya finalidad no proyecta un objetivo superior o que por lo menos desplace al supremo interés del ordenamiento jurídico para proteger la vigencia de los derechos constitucionales, hipótesis que claramente es suficiente para impulsar al juez a no dudar en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de las normas enunciadas en casos como el que ocupa la atención de esta Sala.

Bajo la motivación anteriormente expuesta, se disuelve entonces la inconsistencia inicialmente advertida, lo que avala la decisión adoptada por el a quo y habilita el análisis de fondo frente al derecho prestacional en discusión, en los términos del recurso propuesto ante la Sala.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a la Sala determinar la legalidad de la Resolución No. 026068 del 5 de noviembre de 2002, en orden a establecer si asiste derecho a la actora para pensionarse con 50 años de edad y 20 años de servicios, esto es, bajo el régimen pensional establecido en la Ley 6ª de 1945 aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985, o si por el contrario debe pensionarse bajo los requisitos señalados por la normatividad existente al interior del Instituto de Seguros Sociales.

En aras de definir el régimen legal aplicable al derecho jubilatorio de la actora, es preciso revisar los tiempos de servicio que exhibe y la calidad de los mismos.

En efecto, de acuerdo al acervo probatorio que obra en el expediente, se observa que la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes, prestó sus servicios de manera interrumpida, en diferentes Entidades del Orden Nacional y Distrital, así:

- Del 1 de agosto de 1968 al 26 de diciembre de 1979, en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- (fls. 3 y 321 C-1).
- Del 3 de febrero de 1981 al 21 de enero de 1982 y del 25 de febrero de 1982 al 17 de febrero de 1987, en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (fls. 4, 9, 20, 272 y 298 C-1).
- Del 20 de marzo de 1987 al 10 de mayo de 1992, en la Empresa de Teléfonos de Bogotá (fl. 5 C-1).

De lo anterior se infiere, que la demandante hasta su fecha de retiro el 10 de mayo de 1992, acumuló más de 20 años de servicios en el Sector Público, lo que sin duda alguna, permite el examen de su derecho jubilatorio a la luz del régimen general aplicable a su calidad de empleada pública y la excluye del régimen común establecido privativamente para los aportantes al Instituto de Seguros Sociales que en su mayoría corresponden a trabajadores del Sector Privado, pues -contrario a lo expuesto por el recurrente-, la mera afiliación a dicha Entidad no desconoce la naturaleza de los servicios prestados ni estorba la vigencia de los derechos inherentes a su calidad conforme al régimen jurídico que en verdad le corresponde, más cuando la aplicación de los reglamentos del Instituto resultaría gravosa en cuanto a los requisitos pensionales que consigna. Así, los empleados oficiales que excepcionalmente fueron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no quedan excluidos del régimen de seguridad social que les corresponde, ni pierden sus derechos conforme al mismo, tal como lo expresó esta Corporación en sentencia del 9 de agosto del 2001.⁹

Despejado el primer punto de controversia frente a la decisión del a quo, se procede a revisar la existencia del derecho reclamado.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "B". Rad. No. 1966-98. Actor: Carmen Julia Lozano Rodriguez. Demandado. Instituto Nacional para Sordos. C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

La actora exhibe como requisitos pensionales 22 años, 5 meses y 17 días de servicios hasta el 10 de mayo de 1992 y 50 años de edad cumplidos el 8 de febrero del 2000, según consta en el registro aportado a folio 330 del expediente, por lo que inicialmente corresponde analizar su derecho a la luz de la ley 100 de 1993, aplicable para el momento de consolidación de su status pensional.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 36 inciso segundo dispuso que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinarían por el régimen anterior al que se encontraran afiliados los solicitantes, siempre y cuando para el momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, estos hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos quince (15) años de servicios cotizados.

Para la fecha de entrada en vigencia del dicho sistema en el nivel departamental, municipal y distrital -30 de junio de 1995-,¹⁰ la actora superaba con creces los presupuestos del régimen de transición consignado en el referido artículo 36, como quiera que ya contaba con más de 45 años de edad y con el tiempo de servicios necesario para pensión, lo que habilita la aplicación del régimen anterior, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985 y no la Ley 71 de 1988, como equivocadamente lo afirma el recurrente, pues la pensión allí establecida, refiere a la acumulación de tiempos de servicios en el sector oficial y en el sector privado, tal como lo precisó la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, de donde resulta la improcedencia de su aplicación para el caso de la actora, por cuanto los tiempos acreditados corresponden todos a servicios en el sector público como se señaló inicialmente conforme a la certificaciones allegadas;

¹⁰ Ley 100 de 1993. Artículo 151. Vigencia del Sistema general de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

Parágrafo. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

así, en tanto nunca perdió su calidad de empleada pública corresponde analizar su derecho a la luz de la Ley 33 de 1985 por lo expuesto en el párrafos precedente.¹¹

La **Ley 33 de 1985**, que previó el régimen pensional general para los empleados públicos tanto nacionales como territoriales, señaló:

“Artículo 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2.- Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3.- En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”

La Ley en comento, que obliga desde el 13 de febrero de 1985 - fecha de su promulgación -, es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los órdenes. Para la pensión ordinaria de jubilación dicho ordenamiento exige que el empleado oficial haya servido 20 años

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A”. Rad. No. 0049-07. Sentencia del 3 de abril de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

continuos o discontinuos y que tenga 55 años de edad; sin embargo, **se exceptúan de su aplicación a los siguientes sujetos:**

1. Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones;

2. Los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, **a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa Ley;** se entiende que es necesario que ese régimen anterior haya sido expedido conforme a la Constitución.

3. Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

4. Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán sometidos a las normas anteriores a la misma.

En el presente caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes tenía más de 15 años de servicio, como se infiere de los tiempos de servicios inicialmente enunciados y que aparecen debidamente certificados dentro del expediente, lo que implica su incursión en el régimen de transición previsto en el párrafo 2° ibídem, que habilita en cuanto a la edad el régimen anterior. Dicho régimen anterior corresponde en este caso al contenido en la Ley 6ª de 1945, entrándose en su mayoría de servicios prestados al Distrito.

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17 literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter

permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

... b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Posteriormente, fue incorporado el monto pensional del 75% mediante el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 ibídem, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

De acuerdo a lo anterior, la situación fáctica que exhibe la actora la habilita plenamente para acreer el derecho pensional bajo el imperio de la Ley 6ª de 1945, esto es, con 50 años de edad, 20 años de servicios y en un 75% del promedio salarial del último año de servicios, lo que sin duda alguna motivó la declaración del derecho por parte del a quo.

Ahora, si bien alega el recurrente la aplicación de la Ley 100 de 1993 en cuanto al Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales a partir de los cuales debe calcularse el monto pensional, precisa la Sala que de conformidad

con el principio de “inescindibilidad de la Ley” tal apreciación resulta equívoca, pues dentro de una sana hermenéutica no es viable desmembrar las normas legales, de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición, debe aplicársele en íntegro el régimen que lo cobija y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

Lo anterior sugiere entonces la revisión de los términos de reconocimiento del derecho pensional, concretamente frente a la norma que define el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la actora, no obstante, dicho análisis resultaría gravoso para el apelante único por cuanto arrojaría eventualmente la ampliación de la condena impuesta, razón por la que la Sala se abstendrá de abordar el asunto aun cuando fue propuesto dentro del recurso, por virtud del límite establecido al juzgador de segunda instancia derivado del postulado de la no reformatio in pejus, por lo que se conservará incólume la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

1. REVÓCASE PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia del 30 de agosto de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a la declaración de nulidad de la Resolución No. 00163 del 15 de enero de 2004. En su lugar, la Sala se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto a dicho acto, por defecto sustancial en su demanda.

2. INAPLÍQUESE para el caso concreto el sistema normativo contenido en los artículos 50, 51, 62, 63 y 135 del C.C.A. en cuanto al presupuesto procesal de la vía gubernativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política. En consecuencia:

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de agosto de 2007, que accedió a las pretensiones de la demanda promovida por la señora Teresa del Socorro Franco Jaimes contra el Instituto de Seguros Sociales

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO