

PENSION DE JUBILACION - Prestación periódica / PRESTACION PERIODICA - No se encuentra sujeto a caducidad / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / RECURSO DE APELACION - Interposición obligatoria / RECURSO DE REPOSICION Y QUEJA - Su ejercicio es facultativo / AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA - Excepción

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 un análisis 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 ibídem, 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. 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, 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 63 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 135 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 NUMERAL 2

VIA GUBERNATIVA - Finalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - La administración revisa sus propios actos / RECURSO DE REPOSICION - No es un presupuesto procesal de carácter restrictivo / RECURSO DE REPOSICION EN EL DERECHO JUBILATORIO - Contraviene del amparo constitucional / RECURSO DE REPOSICION - Seguridad social como derecho constitucional / PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Debilidad manifiesta. Garantía de su

derecho a la seguridad social / PENSION DE JUBILACION - Derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad / DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Inaplicación de la normatividad inferior por vía de la excepción de inconstitucionalidad

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 en ese mismo plano, resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido que éstos resulten amparados también bajo la misma voluntad. 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 supralegales que imponen al Estado su garantía. 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. De acuerdo con lo anterior, es forzoso 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 ibidem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, 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 la inferior. Así, en los casos en donde el juez advierte una transgresión abierta 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 -recurso de apelación-, 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.

REGIMEN DE TRANSICION - Liquidación del derecho pensional. Eventos / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Ingreso base de liquidación / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - Principio de favorabilidad / PENSION DE JUBILACION - Liquidación / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación. Eventos / MESADA PENSIONAL - Monto a determinar / REGIMEN DE TRANSICION - Situación de hecho. No puede escoger el ingreso base de liquidación. Se aplica el tiempo que le falta para adquirir el derecho pensional

Considera la Sala que la tesis del demandante según la cual Cajanal estaba obligada a realizar dos liquidaciones -una con el tiempo que le hiciera falta al demandante para pensionarse, como efectivamente lo hizo, y otra más favorable que consiste en tener en cuenta todo lo cotizado por el actor en su vida laboral para determinar el monto de la mesada pensional- no es procedente porque las hipótesis que se derivan del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 regulan situaciones de hecho diferentes. En efecto, si la persona favorecida por el régimen transitorio, le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a su pensión establecida por la ley, el IBL sería calculado con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, por el contrario, si el tiempo que le faltare para pensionarse fuere mayor a 10 años, el IBL debe calcularse sobre el salario cotizado durante todo el tiempo. En otras palabras, las situaciones planteadas por el legislador de 1993 no implican que la persona inmersa en el régimen de transición pueda escoger entre una y otra de las formas para calcular el IBL a que haya lugar, sino que, dependiendo del tiempo que le falte para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100, sería uno u otro. De acuerdo con las probanzas obrantes en el plenario, se encuentra que el demandante consolidó el estatus jurídico de pensionado el 14 de mayo de 1995 y la liquidación efectuada por Cajanal tuvo en cuenta el 75 por ciento del promedio de lo devengado en un (1) año, cuatro (4) meses y catorce (14) días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993

(1° de abril de 1994) hasta el día de consolidación del derecho prestacional, lo cual quiere decir que la entidad demandada dio aplicación a la primera regla del inciso 3° ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años, por encontrar que el caso del demandante se subsume plenamente en esta hipótesis.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011).

Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00342-01(2203-10)

Actor: DANIEL GUILLERMO CALVACHE MESIAS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de agosto del 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró inhabilitado para conocer de las súplicas de la demanda instaurada por Daniel Guillermo Calvache Mesías contra la Caja Nacional de Previsión Social.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Daniel Guillermo Calvache Mesías acudió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca a fin de obtener la siguiente declaración:

“LO QUE SE DEMANDA: que CAJANAL reliquide la pensión de jubilación vitalicia del accionante, concedida por resolución no. 012073 del 21 de julio de 1997 con un solo salario mínimo, pues tal pensión teniendo en

cuenta cotizaciones hechas por el accionante en toda su vida laboral, tiene un ingreso básico de liquidación ósea un IBL de 4,3611 salarios mínimos como se demostrará posteriormente.”

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Mediante la Resolución No. 012073 del 21 de julio de 1997, fue reconocida una pensión de jubilación a favor del actor a partir del 15 de mayo de 1995, en cuantía mensual de \$118.933,00 equivalente al salario mínimo vigente en esa fecha, por parte de la Caja Nacional de Previsión Social (en adelante Cajanal).

Para establecer el monto de la mesada pensional, la entidad demandada calculó el ingreso base de liquidación (IBL) con fundamento en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con base en los salarios devengados entre el 1° de enero de 1994 y el 14 de mayo de 1995.

La liquidación realizada por Cajanal no se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo, por cuanto la entidad estaba obligada a realizar dos liquidaciones: una con el tiempo que le hiciera falta al demandante para pensionarse, como efectivamente lo hizo para otorgar la pensión en cuantía igual al salario mínimo para la época, y otra más favorable y que reclama a través del ejercicio de la acción contenciosa, que consiste en tener en cuenta todo lo cotizado por el actor en su vida laboral para determinar el monto de la mesada pensional.

Bajo esta última hipótesis, el cálculo y la actualización para liquidar la pensión asciende a 4,3611 salarios mínimos mensuales y no como lo estableció la parte demandada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de oposición a las pretensiones de la demanda no fue tenido en cuenta por el a quo, en tanto que quien lo suscribió no aportó poder para representar los intereses de la entidad dentro del proceso judicial.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se declaró inhibido para administrar justicia en el sub lite por ineptitud sustantiva de la demanda.

Para llegar a tal conclusión, el a quo transcribió las pretensiones elevadas por el actor en el libelo y las confrontó con las pruebas obrantes en el expediente. De ahí encontró probado que Cajanal denegó la reliquidación de la pensión de jubilación, mediante acto administrativo expreso contenido en la Resolución No. 35998 del 30 de julio de 2007, que no fue individualizado en forma expresa en la demanda como lo ordena el artículo 138 y 139 del C.C.A., para efectos del control de legalidad que corresponde a esta jurisdicción.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Al recurrir la decisión adoptada el apoderado del demandante considera injusta la sentencia proferida por el a quo, por cuanto señala que la demanda reúne todos los requisitos legales pertinentes. Reitera nuevamente que el objeto de la misma consiste en obtener la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todo lo cotizado por el actor en su vida laboral para determinar el monto de la mesada pensional.

Para resolver se,

IV. CONSIDERA

En los términos del recurso de apelación interpuesto, incumbe a la Sala resolver en instancia si la demanda reúne los requisitos sustanciales para proferir sentencia de mérito y en tal caso, determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión en la que se incluya todo lo cotizado en su vida laboral.

Para dar solución al asunto planteado, se observa que la pretensión elevada por el apoderado del demandante es dubitativa frente al acto sobre el cual debe recaer el control de legalidad por parte de esta Jurisdicción, como también carece de claridad en cuanto al restablecimiento del derecho que persigue con la declaratoria de nulidad de la voluntad administrativa. No obstante, en una interpretación integral del texto de la demanda, considera la Sala que la pretensión anulatoria debe entenderse dirigida frente a la **Resolución No. 012073 del 21 de julio de 1997**, en tanto que dicho es el acto que contiene el derecho jubilatorio que

a juicio del petente debe ser reliquidado, en aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, observa la Sala que respecto a dicha decisión acaece la ausencia de dos presupuestos procesales: el primero, 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 del recurso de apelación.

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 un análisis 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 otro lado, se observa que contra el acto que reconoció la pensión a favor del actor procedía tanto el recurso de reposición como el de apelación. Sin embargo, éste adquirió firmeza sin que el peticionario acudiera a impugnar la decisión en ejercicio al menos del recurso obligatorio de apelación, razón por la cual respecto de éste se confirmaría 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.

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.

No obstante, la Sala es consciente de que la sentencia inhibitoria no es la manera normal de concluir un asunto contencioso, más cuando se encuentra de por medio la resolución 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.

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 *ibídem*, 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

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.**

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.

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 en ese mismo plano, resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido que éstos resulten amparados también bajo la misma voluntad.

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 establecido⁵, 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

⁵ Corte Constitucional. C- 742 de 1999.

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

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

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

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.

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.⁸

De acuerdo con lo anterior, es forzoso 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 ibidem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, 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 la inferior.

Así, en los casos en donde el juez advierte una transgresión abierta 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

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.

agotamiento de los recursos -recurso de apelación-, 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.

De manera objetiva es apreciable la discordancia que supone la obediencia del requisito impuesto, cuyo interés jurídico 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 para el caso específico que ocupa la atención de esta Sala.

Bajo la motivación anteriormente expuesta, se disuelve la inconsistencia inicialmente advertida, lo que habilita a la Sala para resolver de fondo la cuestión litigiosa. Para tal efecto es necesario traer los razonamientos expuestos en sentencia de 18 de febrero de 2010⁹, ante la disyuntiva creada entre los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

*“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)”*¹⁰

La Sala sostuvo en esa oportunidad, que este inciso desnaturalizaba la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibidem¹¹, al

⁹ Rad. No. Interno 1020-08 Actor: Álvaro Libardo Ramírez, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ El párrafo siguiente de este inciso -que contemplaba la regulación en caso de que el tiempo faltante para la pensión fuera igual o inferior a dos años y determinaba liquidación diferencial para los trabajadores del sector privado y servidores públicos- fue **declarado inexecutable** en Sentencia C-168 de 1995 por la Corte Constitucional.

¹¹ “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición. Como criterio de corrección la Sala indicó la aplicación del principio de favorabilidad, así:

“Al respecto debe entenderse que **por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto [se refiere al inciso 2º] opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional**, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados **la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho**, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3º en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión.

De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, **sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde**, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3º del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3º en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma, por lo expuesto en el párrafo anterior.”

De conformidad con lo expuesto, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, admite tres eventos:

1) **El que opera de pleno derecho:** La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.

Y por favorabilidad los dos restantes:

2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años**; y

3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el ingreso **base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, **con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años**.

El reclamo judicial del demandante se origina en la aplicación de este último evento, en tanto considera que le es más favorable que Cajanal le tenga en cuenta **todo lo cotizado** en su vida laboral para determinar el monto de la mesada pensional y **no el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994)**, como lo estableció en el acto acusado de reconocimiento pensional.

Cabe recordar que la Constitución Política en el artículo 58 garantiza la protección y reconocimiento de los derechos adquiridos, y en los artículos 53 de la Carta y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, se señala que las circunstancias que generen mayor favorabilidad a los individuos involucrados en una situación, conflicto o incertidumbre en la aplicación de normas del trabajo, la opción más protectora debe ser aplicada al trabajador.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, para efectos de la aplicación del principio de favorabilidad deben tenerse en cuenta dos elementos: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y ii) la noción de interpretaciones concurrentes. Con relación al primero, la Corte Constitucional ha indicado que "la duda debe revestir un carácter

de seriedad y objetividad” y que éstas características “dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones” y de su “fundamentación y solidez jurídica”. Respecto al segundo, se ha considerado que las hipótesis en la aplicación de la ley que generan duda deben, además, “ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas”¹².

Bajo esta perspectiva, considera la Sala que la tesis del demandante según la cual Cajanal estaba obligada a realizar dos liquidaciones -una con el tiempo que le hiciera falta al demandante para pensionarse, como efectivamente lo hizo, y otra más favorable que consiste en tener en cuenta todo lo cotizado por el actor en su vida laboral para determinar el monto de la mesada pensional- no es procedente porque las hipótesis que se derivan del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 regulan situaciones de hecho diferentes. En efecto, si la persona favorecida por el régimen transitorio, le faltaban **menos de 10 años** para adquirir el derecho a su pensión establecida por la ley, el IBL sería calculado con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, por el contrario, si el tiempo que le faltare para pensionarse **fuere mayor a 10 años**, el IBL debe calcularse sobre el salario cotizado durante todo el tiempo. En otras palabras, las situaciones planteadas por el legislador de 1993 no implican que la persona inmersa en el régimen de transición pueda escoger entre una y otra de las formas para calcular el IBL a que haya lugar, sino que, dependiendo del tiempo que le falte para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100, sería uno u otro.

De acuerdo con las probanzas obrantes en el plenario, se encuentra que el demandante consolidó el estatus jurídico de pensionado el 14 de mayo de 1995 y la liquidación efectuada por Cajanal tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en un (1) año, cuatro (4) meses y catorce (14) días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) hasta el día de consolidación del derecho prestacional, lo cual quiere decir que la entidad demandada dio aplicación a la primera regla del inciso 3° ibídem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años**, por encontrar que el caso del demandante se subsume plenamente en esta hipótesis.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-275/10

En esas condiciones, la Sala revocará la sentencia inhibitoria de primer grado, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

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

REVÓCASE la sentencia inhibitoria del 19 de agosto del 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso de la referencia.

En su lugar se dispone:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda instaurada por Daniel Guillermo Calvache Mesías contra la Caja Nacional de Previsión Social, por las razones expuestas en este proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO