



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, seis (6) de agosto de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 129

TEMA: INDEXACIÓN DE LA PRIMERA
INSTANCIA: MESADA PENSIONAL
SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2015 por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ANTONIO JOSÉ GÁNDARA DÍAZ, a través de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 1 y 2 del cuaderno principal.



- 1.1.1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 0453 del 5 de julio de 2013, proferido por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio del cual se le niega la solicitud de revisión y/o ajuste de su pensión de jubilación.
- 1.1.2. Declarar que tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le pague la pensión de jubilación en cuantía de \$1.580.029.42 a partir del 1 de noviembre de 2005, pero con efectos fiscales a partir del 2 de enero de 2010 por prescripción trienal, previa indexación de la primera mesada pensional o ingreso base de cotización, de acuerdo con la sentencia C-862 de 2006 de la Corte Constitucional.
- 1.1.3. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que sobre la revisión de la pensión de jubilación reconocida, se paguen los reajustes pensionales decretados en su favor, por concepto de la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional de \$1.580.029.42.
- 1.1.4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pague en su favor las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer, según la petición anterior.
- 1.1.5. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que sobre las



diferencias adeudadas le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

1.1.6. Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dé cumplimiento al fallo en los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A, es decir, en el plazo de diez (10) meses con la correspondiente liquidación de intereses moratorios a la tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria.

1.1.7. Condenar a la entidad demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de diez 10 meses, pague intereses moratorios a la tasa comercial, conforme lo establece en el artículo 195 del C.P.A.C.A.

1.1.8. Condenar en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Refiere que, laboró al servicio del Estado como docente nacionalizado por más de 20 años, por el período comprendido entre el 16 de marzo de 1978 al 3 de agosto de 2000, fecha a partir de la cual se desvinculó definitivamente del servicio oficial, quedando a la espera de cumplir la edad para el reconocimiento pensional.

Manifiesta que, nació el 31 de octubre de 1950, luego cumplió cincuenta y cinco (55) años de edad, el 31 de octubre de 2005 y la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la Resolución



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

No. 0160 del 3 de marzo de 2006, le reconoció pensión de jubilación, de conformidad con las Leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988, 91 de 1989 y 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003, a partir del 1 de noviembre de 2005 y en cuantía de \$914.138.00.

Relata que, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la Resolución No. 0012 del 29 de enero de 2010 aclaró la Resolución No. 0160 del 3 de marzo de 2006, en el sentido de indicar que el tiempo de servicio laborado por el docente GÁNDARA DÍAZ, era del 16 de marzo de 1978 hasta el 3 de agosto de 2000 y no como quedó allí consignado.

Cuenta que, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para liquidarle la pensión solo tuvo en cuenta el sueldo básico, devengado entre el 4 de agosto de 1999 y el 3 de agosto de 2000, arrojando un valor pensional de \$914.138.00, dejando de tener en cuenta los factores de la prima de alimentación, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la indexación del Ingreso Base de Liquidación, con los cuales el promedio mensual es de \$1.027.958.25, valor que al ser indexado aplicando el IPC hasta el año 2005, nos da un valor pensional de \$1.580.029.42.

Esboza que, a través de apoderado, elevó ante la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el 02 de enero de 2013, solicitud de reliquidación pensional de la pensión de jubilación por nuevos factores de salario, de conformidad con las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966 y 33 de 1985, previa indexación del Ingreso Base de Liquidación, según lo señalado en la Sentencia C-862 del de 2006, de la Corte Constitucional y por medio de la Resolución No. 0453 del 05 de julio de 2013, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES



SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó la solicitud de revisión de la pensión de jubilación con inclusión de los nuevos factores. En cuanto a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, la entidad demanda guardó silencio, presumiéndose la negativa de la misma.

1.3. NORMAS VIOLADAS

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

Constitución Política de Colombia: artículos 2º, 6º, 25º y 58º; Código Civil: artículos 27, 30 y 31; Ley 6ª de 1945; Ley 4a. de 1966 art. 4º; Decreto Reglamentario 1743 de 1966: artículo 5º; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1849 de 1969; Ley 57 de 1887: artículo 5º; Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 812 de 2003; Decreto 3752 de 2003; Ley 1151 de 2007.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Expone respecto de la indexación de la primera mesada pensional que, el actor se retiró del servicio oficial con más de veinte (20) años de labores quedando a la espera de cumplir la edad de cincuenta y cinco (55) años, su mesada pensional al ser calculada con lo que devengó en el último año de servicio, que es el comprendido entre el 4 de agosto de 1999 y el 3 de agosto de 2000, pero teniendo efectos a partir del 1 de noviembre de 2005, fecha en la que adquirió el status pensional, el ingreso base de liquidación debió indexarse, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia C-862 de 2006.

Indicó que, en varias oportunidades el Consejo de Estado ha sostenido que el ajuste al valor obedece a un hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer de la indexación, en casos



como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del juez encuentra sustento en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el concepto de Estado Social de Derecho consagrado en la misma constitución, según el cual se debe promover la vigencia de un orden justo.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 31 de octubre de 2013 (Fol. 49 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 18 de diciembre de 2013 (Fol. 60 a 61 C. Principal).
- Notificaciones: 20 de enero de 2014 (Fol. 66 a 67 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 10 de marzo de 2014 (Fol. 76 a 91 C. Principal).
- Audiencia inicial: 16 de junio de 2014 (Fol. 135 a 137 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 19 de marzo de 2015 (Fol. 166 a 175 C. Principal).
- Recurso de apelación: 7 de abril de 2015 (Fol. 187 a 189 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 4 de mayo de 2015 (Fol. 202 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 25 de mayo de 2015 (Fol. 4 Cuaderno N° 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 25 de junio de 2015 (Fol. 13 Cuaderno No. 2).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en



memorial visible a folios 76 a 91 del cuaderno principal.

En cuanto a los hechos, manifiesta que son ciertos los referentes a la vinculación del actor al servicio docente, tiempo de servicios, reconocimiento de la pensión y la no inclusión de todos los factores, aduciendo que en lo referente a la indexación de la primera mesada no son hechos sino apreciaciones jurídicas del demandante.

Propuso como medios exceptivos, los siguientes: i) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, ii) Buena fe, iii) Pago y iv) Prescripción.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA².

La Juez de primera instancia, previo estudio de las pruebas allegadas al cartulario y de la tesis tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en torno a la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que el demandante tiene derecho a que se le indexe el ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional que se le reconoció en la Resolución N° 160 de 2006, dado que se retiró del servicio docente el 4 de agosto del año 2000, adquirió su derecho a la pensión el 31 de octubre de 2005 y se le reconoció a partir del 1 de noviembre de 2005, es decir, 5 años después de su retiro.

1.5.3. LA APELACIÓN³.

La parte demandada oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

Argumenta que, en primer lugar debe precisarse que las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, tal y como se consagra en sus objetivos.

² Fols. 166 a 175 Cuaderno principal.

³ Fols. 187 a 189 C. Principal



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Indicó que, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, se diseñó un trámite en el que, por un lado, las secretarías son encomendadas en la expedición del acto; por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del Fondo y pagar las prestaciones sociales, que es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el Acto Administrativo emitido por la Secretaría de Educación, previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la ley 34 de 1996 en su artículo 4 establece que el pago se realizara cuando exista la disponibilidad presupuestal para efecto las cesantías parciales o anticipos de cesantías de servidores públicos, solo podrán pagarse cuando exista apropiación presupuestal para tal efecto, regulación que viene como consecuencia de que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Reseñó que, al respecto, la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU-014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, manifestó:

"el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan."

Se precisa entonces, que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquel producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al



principio de igualdad.

En consecuencia, es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de la entidad condenada, debido a que por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

Por último señaló que, el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2o del artículo 3o y el numeral 6o del artículo 7o de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Concluye entonces que al actor no le asiste el derecho a la indexación pretendida, siendo que en las disposiciones que regulan la materia, no se contempla dicho pago, y señalan que el mismo está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal. Por otra parte, advirtió una supuesta configuración de inepta demanda, puesto que el actor debió demandar no solamente el acto que denegó la reliquidación sino todas aquellas decisiones tomadas con ocasión a su derecho pensional.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDANTE (fol. 20 a 23 del C. de 2da Instancia): El extremo activo solicitó la confirmación de la sentencia venida en alzada y para ello replicó los argumentos expuestos en la demanda.



1.5.4.2. PARTE DEMANDADA: El extremo pasivo no hizo uso de esta oportunidad procesal.

1.5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dentro del término concedido para el efecto, no emitió concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES:

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Debe indexarse la primera mesada pensional a las personas que se desvincularon del servicio en fecha anterior a la de adquisición del estatus de pensionado?

Una vez aclarado el anterior interrogante, se responderá el argumento de la apelación consistente en, ¿es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad de previsión pagadora de la indexación de la primera mesada pensional?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La indexación de la primera mesada pensional, y **ii)** El caso concreto.



2.1. LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL:

En primer lugar, es importante recalcar que la indexación, desde el punto de vista económico y en términos generales, es una forma de actualización de las obligaciones dinerarias cuando estas se ven afectadas en su valor real por efecto de los fenómenos macroeconómicos como la inflación. Conforme a lo anterior, es desarrollado el tema por la doctrina especializada⁴.

Por lo dicho, no se trata solo del pago de obligaciones solucionadas en mora, sino que se trata de que el derecho y la jurisprudencia acepten los fenómenos económicos que afectan el ingreso real del trabajador o extrabajador, máxime que en el presente caso estamos hablando de trabajadores pasivos o pensionados que derivan su sustento de manera directa del fruto de su trabajo de años anteriores.

Sobre el tema, acentúa la Sala que las posiciones jurisprudenciales no son pacíficas al interior de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA⁵ - ⁶. Sin embargo, tanto la

⁴ “La discusión radica en la preponderancia que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a la corriente nominalista, que estima que si una unidad monetaria es siempre la misma, el deudor de una suma de dinero saldrá a pagar al acreedor entregando una cantidad igual a la prometida (deuda de dinero), dándole prevalencia al principio de la seguridad jurídica; y la corriente valorativa que sostiene que las obligaciones dinerarias no están determinadas por una suma nominal de dinero, sino por el valor de estas (deuda de valor), teniendo en cuenta la inflación o el índice de pérdida de capacidad adquisitiva, como elemento de justicia. Jiménez Díaz, Ernesto: “La indexación en los conflictos laborales”, trabajo de ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Revista Derecho Social, Colegio de Abogados del Trabajo, N° 32, diciembre, 1991, págs. 21 y ss. Citado también en la Sentencia C-862, 2006.” BLANCO RIVERA Óscar Andrés. La actualización o indexación de la primera mesada pensional ha venido siendo reclamada en los estrados judiciales de nuestro país a lo largo de la década de los 90. En: Revista Actualidad Laboral No. 139, ene.-feb./2007. Bogotá, editorial Legis S.A., 2007. p. 19 a 23.

En igual sentido, el siguiente aparte: “La indexación ha sido definida como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante el valor real de estos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento de costo de vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad etc.

La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo.” JIMÉNEZ DÍAZ, Ernesto. LA INDEXACIÓN LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009 p.76 y ss.

⁵ Sobre este punto, puede consultarse el artículo referenciado en el pie de página anterior.

⁶ El máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, especialidad jurisdiccional laboral, ha dicho sobre el tema: “En torno a lo que se ha denominado por la jurisprudencia la indexación de la primera mesada pensional, esta Sala de la Corte ha aceptado la revaluación del ingreso base de liquidación de pensiones, y fincada siempre en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que ha considerado, son los que dan la base normativa para proceder a dicha actualización, para aquellas pensiones que se causen a partir de su vigencia, inclusive aquellas que, aunque reguladas por la



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

CORTE CONSTITUCIONAL como el CONSEJO DE ESTADO, se han inclinado hacia la existencia de un derecho derivado de la misma Constitución Política, de los artículos 13, 53 y 230, a la indexación, independientemente si se trata de pensiones legales concedidas antes o después de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Se recalca que la primera sentencia que se encargó de abordar el tema de forma integral fue la de unificación SU-120 del 13 de febrero de 2003, de donde se resalta como punto de gran relevancia el hecho de que se concluya que a pesar de no existir una norma general que ordene la indexación de todas las pensiones, estas lo deben ser en virtud del artículo 53 de la C.P., no obstante estos

legislación anterior, se encuentran cobijadas por el régimen de transición, previsto en el mencionado artículo 36 ibidem.

Así lo ha sostenido en múltiples sentencias, como las del 16 de febrero de 2001 (rad. 13092), 26 de septiembre de 2006 (Rads. 27120 y 28384) 14 de noviembre de 2006 (Rad. 28807), y 12 de junio de 2008 (Rad. 32271).

Además, se ha dicho que la Corte Constitucional, en las sentencias C-862 y C-891 A de 2006, refrendó el criterio de esta Corporación respecto al vacío normativo existente en torno a lo que se ha designado la indexación de la primera mesada, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que, estimó, contraría los mandatos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico, por lo que declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 171 de 1961, “en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE”.

Se aludió concretamente en tales sentencias a que las referidas normas omitían consagrar la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador sin tener la edad para pensionarse, por lo que su salario necesariamente sufre la afectación derivada de la inflación.

Con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 171 de 1961, ciertamente se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993). Es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida corrección.

En esas condiciones, esta Sala de la Corte modificó su posición frente al tema, para, tomando como fuente supralegal la Constitución de 1991, reconocer la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones causadas bajo la vigencia de la Carta, esto es, a partir del 7 de julio de 1991, en que entró en vigor, pues este es el fundamento jurídico que le sirvió a la Corte Constitucional sentencia de exequibilidad, bajo el entendido “...de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE.”

Lo anterior, porque, al armonizar el nuevo pronunciamiento constitucional con la jurisprudencia de esta Sala en torno al tema, cabe reafirmar que, antes de la fecha indicada en que entró a regir la nueva constitución, no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, con la Ley 100 de 1993.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 22 de julio de 2009. Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ. Radicación No. 33819. De la CORTE CONSTITUCIONAL, pueden consultarse múltiples fallos, entre otras la Sentencia T-628 de 2009, en donde se analiza y reitera el tema en mención.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

pronunciamientos la jurisprudencia sobre el tema han ido evolucionando a fin de dar claridad y fijar una serie de sustentos que sirvan para desarrollar este asunto.

Es así como el máximo intérprete de la Constitución en reciente decisión contenida en la sentencia de unificación SU-131 de 2013 se ocupó nuevamente del tema, manifestando:

“La indexación de la primera mesada pensional, es un instrumento que busca hacer frente a la inflación, en la medida en que ésta produce pérdida de la capacidad adquisitiva. Se trata entonces, de una suerte de actualización de las obligaciones pensionales debidas, que busca que quienes han trabajado durante su vida productiva, gocen de una prestación que les permita vivir dignamente.

La figura de la indexación de la primera mesada pensional, ha evolucionado en la historia jurídica del país, como se sigue del recuento normativo realizado en la sentencia SU-1073 de 2012. Así, en un primer momento, el Código Sustantivo del Trabajo establecía, en su artículo 261, una congelación del salario base para el cómputo de la pensión de jubilación, de modo que, una vez adquiridos los requisitos para acceder a la prestación, no se tenían en cuenta las modificaciones de salario posteriores. Luego, las Leyes 10 de 1972, 4ª de 1976 y 71 de 1988, dispusieron el reajuste anual de las pensiones, de conformidad con el aumento del salario mínimo.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 53 que el Estado debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales, disposición que orienta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que consagró expresamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de este tipo de prestaciones.

De este modo, de acuerdo con el constituyente y el legislador, se ha previsto la obligación de actualizar la primera mesada de quien ha adquirido el derecho a la pensión cuando se encontraba trabajando. Sin embargo, no existe una norma que establezca de manera clara “la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento es hecho de forma posterior”

...

La Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia desde 1982 hasta el 18 de abril de 1999, acogió la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, como mecanismo para garantizar el poder adquisitivo ante el fenómeno de la inflación. Sin embargo, la Sección Segunda de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostenía la tesis contraria, pues consideraba que no procedía la indexación de las deudas laborales a menos que estuviese expresamente establecido por el legislador. Por ello, en sentencia del 8 de abril de 1991, anterior a la Constitución vigente, se unificó la postura de la Sala Laboral y se indicó que la indexación era un factor o modalidad del daño emergente y debía incluirse para que la obligación fuera completa. De acuerdo con la sentencia SU-1073 de 2012



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“esta orientación fue extendida por parte de la Corte Suprema de Justicia no sólo respecto de la pensión sanción prevista en el artículo 267 del C.S.T, sino en pensiones convencionales y la pensión prevista en el numeral 2 del artículo 260 del C.S.T.” y fue reiterada en diversos pronunciamientos posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Sin embargo, en sentencia del 18 de agosto de 1999, la Sala Laboral de la Corte Suprema cambió su jurisprudencia y señaló que la indexación de la primera mesada pensional, procede sólo en los casos en los que el legislador lo ha previsto, lo que sólo ocurre para las pensiones reconocidas después de la expedición de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994. Esta postura fue controvertida por vía de tutela y declarada contraria a preceptos constitucionales en la sentencia SU-120 de 2003, que estableció que el cambio de jurisprudencia constituía una vía de hecho por desconocimiento de los principios constitucionales que rigen las relaciones laborales. Además de la sentencia de unificación, mediante control abstracto de constitucionalidad, esta Corporación ha reconocido el derecho a la indexación de la primera mesa pensional.

En consideración a la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aceptó nuevamente la tesis de la indexación de la primera mesada pensional, pero sólo para pensiones reconocidas después de la expedición de la Constitución de 1991.

...

La jurisprudencia ha predicado el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional. Lo anterior porque no existe ninguna razón constitucionalmente válida para predicar el derecho a la actualización de la primera mesada solo de algunos pensionados, cuando todos están en la misma situación. Hacerlo, por el contrario, constituye un trato discriminatorio.

Por lo anterior, esta Corporación en la sentencia de unificación citada, concluyó que todos los pensionados tienen derecho a la indexación de su primera mesada”⁷(Negrillas de la Sala).

Por lo estudiado, este Tribunal concluye que todas las pensiones que se vean influidas por los efectos económicos de la inflación deben ser indexadas, como derecho derivado de la misma Constitución y aplicable aún a quienes obtuvieron el derecho a la misma antes de la vigencia de la normativa superior, por aplicación retrospectiva de esta.

Sobre el punto, igualmente se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO en las

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-131 de 2013. MP. ALEXEI JULIO ESTRADA.



siguientes providencias que por su importancia la Sala transcribe:

“Así mismo en la demanda se solicita el reconocimiento de la pensión, “...efectuando técnicamente la actualización (indexación) conforme al IPC tal y como lo establecen los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto se observa:

ARNULFO GÓMEZ, por ser beneficiario del régimen de transición, no se le aplica la Ley 100 de 1993, sino la normatividad que regía con anterioridad, que en su caso es la Ley 33 de 1985, la cual no consagra la posibilidad de aplicar el IPC a las pensiones en circunstancias como la presente en donde se paga la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado entre el mes de agosto de 1994 y el 30 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 24 de octubre de 1995, fecha en la cual el actor cumplió los 55 años de edad.

Sin embargo, es innegable y así lo viene sosteniendo la Sala en reiterados pronunciamientos que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias.⁸

En consideración a que la entidad demandada no accedió a ordenar la revalorización de la primera mesada pensional al actor, igualmente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará al ente demandado a liquidar la pensión, actualizando su valor, en los términos y fórmula que a continuación se indica:

...”⁹

En providencia anterior, había indicado:

“No hay duda que, si bien, la pensión debe liquidarse sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en los artículos 48 inciso último al tenor del cual “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” o el previsto en el artículo 53 inciso 3º conforme al cual “El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”.

Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez

⁸ En este sentido puede consultarse lo expuesto en la sentencia de 23 de mayo de 2002, dictada en el proceso 4798-01.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Actor: ARNULFO GÓMEZ. Demandado: GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión.

...

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que “un texto preciso de la ley” y que los jueces “no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella”. Hoy está claro que la jurisdicción no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida el fallo recurrido, al desechar tanto los argumentos del actor como los nuevos postulados jurisprudenciales, relativos a la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones de quienes se encuentran en el régimen de transición y liquidadas bajo el estatuto de la seguridad social, no resulta atinado, toda vez que en el caso objeto de estudio era pertinente dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma.

Sobre el particular, se observa que el Tribunal de primera instancia dejó de pronunciarse respecto del ajuste de valor solicitado por el actor tanto en la demanda como en el transcurso del proceso. Ajuste al cual tenía derecho, conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993.”¹⁰

De lo estudiado, la Sala infiere de forma clara que a partir de 1991 con motivo de la expedición y vigencia de la nueva Constitución Política, existe un derecho

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Sentencia de 18 de noviembre 2004. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-7692-01(4013-03). Actor: JUAN FRANCISCO RINCÓN FONTECHA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA – INCORA.



derivado de la misma carta a la indexación de la primera mesada pensional, de ahí que en atención al principio de igualdad, todos los pensionados que acreditan su derecho a la misma, debe su primera mesada ser indexada de conformidad con las reglas fijadas para la materia, teniendo en cuenta que esto evita que se generen tratamientos inequitativos, el desconocimiento de derechos adquiridos y la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

2.2. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que a ANTONIO JOSÉ GÁNDARA DÍAZ le fue reconocida la pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a partir del 1 de noviembre de 2005¹¹, y que para su reconocimiento y pago se le aplicó el contenido de la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, entre otras disposiciones, **sin indexar la primera mesada pensional** y liquidándosele la misma con base en el 75% del promedio de factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio anterior al status.

Igualmente, se encuentra demostrado que con motivo de una petición de ajuste de su pensión, elevada por el libelista el 2 de enero de 2013¹², el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le negó mediante la Resolución 0453 del 5 de julio de 2013 (fol. 25 a 27 C. Principal), tal

¹¹ Ver folios 37 a 38 del C. Principal.

¹² De ello da cuenta la parte considerativa de la Resolución 0453 del 5 de julio de 2013 (fol. 25 a 27 del C. Principal).



pedimento de revisión de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales¹³ y la indexación de la primera mesada pensional.

En este punto de los considerandos, huelga señalar que se encuentra claramente comprobado, que desde el último año de servicio del actor, el que transcurrió entre el 3 de agosto de 1999 al 3 de agosto de 2000¹⁴, el mismo solo vino a adquirir el estatus pensional hasta cumplir la edad requerida, esto es, el 31 de octubre de 2005¹⁵, es decir, que transcurrieron más de 5 años desde la fecha en que devengó sus salarios que sirvieron de base para la liquidación de su pensión y el reconocimiento de la misma.

En este orden de ideas, analizada la causa jurídica a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por el libelista, dado que es necesario indexar su primera mesada pensional, para efectos de protegerla de fenómenos económicos como la devaluación de la moneda, y así materializar los valores constitucionales de la equidad y la justicia que sirven como instrumento para que se materialice el pago del valor real de la pensión de jubilación debidamente reconocida al señor GÁNDARA DÍAZ.

Previo a arribar a la parte resolutive de este proveído, dirá brevemente esta Judicatura que no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal, para justificar el no reconocimiento de la indexación deprecada, por lo que la Sala desecha de plano este argumento del apelante, máxime que nos encontramos frente a un derecho de rango constitucional y cuya materialización no puede estar supeditado a la existencia de recursos presupuestales previos para ello.

¹³ Respecto de la pretensión de reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales, este Tribunal Contencioso declaró probada la excepción de cosa juzgada, mediante proveído calendado 16 de junio de 2014, obrante a folios 135 a 137 del plenario.

¹⁴ Fol. 41 y 42 C. Principal.

¹⁵ Ver parte considerativa de la resolución 0160 del 3 de marzo de 2006 (fol. 37 a 38 C. Principal)



Mismo destino tendrá el cargo elevado en torno a una supuesta inepta demanda porque el actor no demandó todas aquellas decisiones tomadas con ocasión de su derecho pensional, toda vez que, efectivamente se acudió ante esta jurisdicción para atacar el acto administrativo que le negó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, decisión vertida en la Resolución 0453 del 5 de julio de 2013, no siendo necesario como lo quiere hacer ver el impugnante, el censurar alguna otra determinación diferente a la contenida en la presente demanda.

Por lo anteriormente expuesto, y sin ahondar en mayores elucubraciones se dispondrá por parte de esta Corporación la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia venida en alzada.

2.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que el acto administrativo objeto de censura, vulneró las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**



**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y
POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 19 de marzo de 2015, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 113.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ