



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, primero (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
EXPEDIENTE No.	70-001-33-33-005-2016-00197-01.
DEMANDANTE:	ENA VALETA PÉREZ
DEMANDADO:	UGPP

Procede la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia oral proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en audiencia celebrada el día 29 de noviembre de 2017, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.

La demandante **pretende** la nulidad de los siguientes administrativos, expedidos por la extinta CAJANA E.I.C.E. y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP en adelante, respectivamente:

- (i) Resolución No. 017920 del 31 de diciembre de 1996, por medio de la cual se le reconoció a la señora ENA VALETA PÉREZ la pensión de gracia.
- (ii) Resolución No. RDP 002788 fechada 27 de enero de 2016, la cual negó a la demandante la indexación de la primera mesada pensional de su pensión de gracia, sin el promedio de

- todos los factores salariales devengados debidamente indexados en el último año de servicio.
- (iii) Acto ficto o presunto producido por el silencio administrativo negativo, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto el día 29 de febrero de 2016 contra la Resolución RDP 002788 fechada 27 de enero de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca y ordene el pago de la indexación de la primera mesada de la pensión gracia, debidamente actualizado como lo ordena el artículo 192 del CPACA.

Asimismo, pide que se condene en gastos y costas procesales a la parte demandada.

Se narraron los siguientes **hechos** relevantes.

Mediante Resolución No. 017920 de diciembre 31 de 1996, la extinta CAJANAL le reconoció a la señora ENA VALETA PÉREZ la pensión de gracia, en cuantía de \$11.822,13, efectiva a partir del 2 de marzo de 1993, sin indexar la primera mesada de su pensión con el promedio de todos los valores devengados debidamente indexados, en el último año de servicio a la adquisición de su status de pensionada.

La actora presentó derecho petición ante la UGPP, con el propósito de que se le indexara la primera mesada de su derecho pensional, siendo resuelto de forma negativa, a través de la Resolución No. RDP 002788 fechada 27 de enero de 2016, por lo que procedió a interponer recurso de apelación contra esa decisión, el cual a la fecha no ha sido resuelto expresamente por la entidad, configurándose el silencio administrativo negativo, y con ello, el acto ficto o presunto acusado en este medio de control.

Así pues, para la parte demandante, la UGPP debió indexar la primera mesada pensional, teniendo en cuenta el promedio de todos los valores devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición de su status, debidamente indexados.

Como **normas violadas** señaló Constitución política Arts. 2, 6, 13, 25, 58; Ley 6 de 1945, Ley 100 de 1993 artículos 36 y 141.

En el **concepto de la violación** indicó que el desconocimiento de la UGPP a reconocerle la pensión de gracia, sin la respectiva indexación a partir de adquirir el status de pensionada, vulnera mandatos constitucionales consignados en los artículos 2, 29 y 53 de la Constitución Política, en la medida que se siente desprotegida al percibir una mesada que no está actualizada a los valores reales.

b. Contestación de la demanda.

La entidad demandada no contestó la demanda.

c. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia oral el día 29 de noviembre de 2017, según la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

El *A quo* sustentó la decisión con base en lo siguiente:

"En el sub lite se pretende la nulidad parcial del acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación gracia a la señora ENA MARGARITA VALETA PEREZ y los actos administrativos relacionados con la reliquidación la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios e indexación del ingreso base de liquidación.

Revisado el material probatorio, se tiene que en el expediente aparece acreditado que la señora ENA MARGARITA VALETA PEREZ obtuvo el reconocimiento de su pensión de Jubilación gracia a través de Resolución No.017920 de 31 de diciembre de 1996, así mismo, que mediante resolución No. 003798 de fecha 5 de octubre de 2000 le incluyeron el sobresueldo sin indexarlo a la fecha de la inclusión. Que posteriormente mediante Resolución 23083 del 28 de noviembre de 2003 se le reliquide la pensión gracia indexando la primera mesada pensional y reconociendo la inclusión de los factores salariales en cumplimiento de un fallo del Tribunal Administrativo de Sucre (ver archivo 35 del CD de antecedentes).

Luego, a través de la resolución 00276 de 19 de enero de 2009 se reliquide la pensión GRACIA por nuevos factores de salario de la señora VALETA PEREZ ENA MARGARITA elevando la cuantía de la misma a la suma de \$181,743.77 CIENTO/OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES /PESOS CON 77/100 M/CTE, efectiva a partir del 02 de marzo de 1993 (ver archivo 74 CD), allí se avizora que se incluyeron los factores salariales ASIGNACIÓN BÁSICA - 1992 ASIGNACION BÁSICA - 1993 PRIMA DE NAVIDAD - 1992 PRIMA DE NAVIDAD

- 1993 SOBRESUELDO - 1992 SOBRESUELDO - 1993 PRIMA DE GRADO - 1992 PRIMA DE GRADO - 1993, negando la indexación, la que fue objeto de recursos y hasta de solicitud de revocatoria directa, como se dejó anotado en los actos considerados como demandados por éste despacho en la etapa de saneamiento del proceso.

Nuevamente, a través de apoderado la señora ENA MARGARITA VALETA PEREZ eleva petición solicitando la inclusión de factores salariales del último año de servicios e indexación, según petición de fecha 9 de octubre de 2015 la cual fue negada a través de la resolución No. RDP 002788 de 27 de enero de 2016; se nota que a pesar que en la resolución 00276 de 19 de enero de 2009, se reliquide nuevamente la pensión gracia, no se tuvo en cuenta la indexación de factores salariales, en ella se incluyeron los factores salariales, a saber: asignación básica, prima de navidad, sobresueldo, prima de grado (Ver archivo 74 del CD del cuaderno de antecedentes administrativos).

En este acto administrativo se señaló que la liquidación se hizo efectiva a partir del 2 de marzo de 1993 con efectos fiscales a partir del 21 de octubre de 2005.

Solicita la actora que le sean incluidos los factores salariales a saber, asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad, en el año 1993 anterior a la fecha en que adquirió su status (hecho 5°), mas, sin embargo, según el certificado de factores salariales, devengó asignación básica, prima de alimentación y prima de navidad, factores estos que si fueron incluidos en la resolución 00276 de 19 de enero de 2009, así mismo se probó que antes de esa fecha ya se había reliquidado la pensión por nuevos factores salariales a través de la resolución 23083 del 28 de noviembre de 2003, así, como quiera dentro del proceso no se probó que la señora ENA MARGARITA VALETA PEREZ hubiere recibido otros factores salariales diferentes a estos, que ahora reclama la parte demandante, en razón a ello no hay lugar a la inclusión de nuevos factores salariales.

De otra parte, del citado acto administrativo, la resolución 00276 de 19 de enero de 2009, se extrae que para la reliquidación del derecho pensional al demandante, no se le indexaron los factores salariales incluidos, lo cual si debió hacerse toda vez que estos datan de los años 1992- 1993, mientras que el último reconocimiento de estos se hizo el 19 de enero de 2009, fecha en que se expidió la resolución 00276, con efectos fiscales a partir del año 2005, como se dejó sentado, transcurriendo un largo periodo de tiempo en el que se da por entendido la moneda perdió su poder adquisitivo, por lo tanto debieron ser actualizados conforme al IPC año por año, certificado por el DANE.

Lo cual garantiza que no se pierda el poder adquisitivo del salario recibido en el lapso transcurrido entre el reconocimiento de la pensión de la señora ENA MARGARITA VALETA PEREZ hasta que se le reliquidó por última vez la pensión gracia a la actora, razón por la que habrá de concederse la pretensión de actualización del IPC en la primera mesada pensional de ésta. No obstante el apoderado de la parte demandada alega en esta oportunidad la cosa juzgada, el despacho observó que en el CD de antecedentes administrativos no se allegó la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre, por ende, no puede esta unidad deducir que hay operado la cosa juzgada.

(...)”

En razón a lo anterior, adujo que la demandante tiene derecho a que la UGPP, le reconozca y pague la indexación de la primera mesada pensional respecto de los factores incluidos en la Resolución No. 00276 de 19 de enero de 2009, sin embargo, indicó que los valores derivados de este reajuste con anterioridad al 6 de octubre de 2012, se encuentran prescritos.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

d. La apelación.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la entidad demandada presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (Fs. 119 a 122, c. 1), solicitando al Juez de segunda instancia que la revoque, basándose en dos aspectos:

En primer lugar, indicó que el Juez de primera instancia erró al considerar que la contestación de la demanda no fue efectuada por la entidad, hecho que a juicio de la entidad, es contrario a la realidad, ya que de acuerdo con la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, esto es, el 1º de febrero de 2017, el término para contestar la demanda vencía el día 27 de abril de 2017, fecha en que efectivamente fue enviado el escrito de contestación a los correos electrónicos del despacho judicial, por lo que el derecho defensa fue ejercido de manera oportuna, aunque reconoce que esta no es la oportunidad procesal para advertir esa situación, solicita que se dé un pronunciamiento sobre este punto, en aras salvaguardar el derecho sustancial de la entidad.

En segundo término, aseveró que la indexación de la primera mesada pensional, solo procede cuando la persona se retira del servicio cumpliendo el requisito de tiempo de servicio sin haber cumplido la edad requerida, para efectos de reconocer su derecho pensional, es decir, cuando cumple la edad exigida con posterioridad al retiro definitivo del servicio, de manera que la actualización de la mesada es factible aplicando el IPC desde el retiro del servicio hasta su efectivo reconocimiento.

Siendo así, expresó que en el presente asunto, la accionante adquirió el status de pensionada el día 2 de marzo de 1993, pero el reconocimiento de la pensión de gracia se produjo en el año 1996, ateniendo el promedio

de lo devengado en el último año de servicio, tal como lo consagra la Resolución No. 017920 del 31 de diciembre de 1996. Sin embargo, afirmó que la demandante no estaba retirada del servicio al momento del reconocimiento pensional.

En tal sentido, conforme la anterior premisa, la actora no tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional, en la medida que la pensión de gracia fue reconocida y calculada con base en lo devengado en el último año anterior a la adquisición del status pensional, siguiendo ella laborando en el sector público, de suerte que no transcurrió tiempo alguno entre el momento del retiro definitivo y el momento del cumplimiento de la edad, como lo indica el supuesto de hecho trazado por la jurisprudencia para el reconocimiento de aquella situación.

Como sustento de lo aseverado en el recurso de alzada, trajo a colación la sentencia de 29 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre¹, indicando que esta Corporación falló este tipo de controversia, en el sentido de negar las pretensiones.

Por lo que, al no cumplir el supuesto de hecho que da lugar a la indexación, consideró que se deben negar las súplicas de la demanda, y en su lugar se revoque el fallo apelado.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 30 de abril de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 10 de julio de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.8, c. 2), término dentro del cual se pronunció la parte demandada solicitando que se revoque el fallo apelado, afirmando²:

"(...)

De conformidad a la jurisprudencia traída a colación en líneas precedentes, resulta oportuno recordar, que la pensión gracia, como prerrogativa especial en favor de algunos docentes, nace con el cumplimiento de algunos requisitos, entre los cuales se encuentran, la edad (50 años) y el tiempo de servicio en la calidad de docente de orden territorial (20 años), y dado que para la adquisición de dicho derecho no es

¹ Radicación 70-001-33-33-002-2014-00229-01.

² Folios 12 a 15, c. 2.

*necesario realizar cotizaciones, el mismo produce sus efectos fiscales desde el momento mismo de la consolidación del estatus de pensionado, razón por la cual los emolumentos laborales devengados y sobre los cuales se calculará la mesada pensional, serán los percibidos en el último año anterior a tal estatus de pensionado. **Siendo así, no procede la indexación de la primera mesada pensional, pues como es vicio, si se toman los factores salariales del año anterior a la fecha de la consolidación del derecho y con base en estos se calculan la mesada pensional que se causa INMEDIATAMENTE, no hay lugar a que trascorra tiempo alguno entre la fecha del estatus y la fecha de causación de los salarios base de la liquidación del cuántum pensional.***

Por su parte, la Agente del Ministerio Público, emitió concepto³ aduciendo que a la entidad demandada se le transgredió la garantía fundamental consignada en el artículo 29 de la C. P. – debido proceso -, pues se tuvo por no contestada la demanda, cuando existen evidencias que indican que tal contestación sí se produjo dentro de la oportunidad legal, por lo que es necesario salvaguardar el derecho sustancial de la entidad accionada. Adujo que si bien esta situación no fue alegada como nulidad en el recurso de apelación, es posible encausarla bajo esa figura procesal como quiera que no existe un momento procesal específico para invocarla y declararla, pudiéndose realizar entonces en cualquier etapa del proceso.

En ese sentido, solicitó no confirmar la sentencia en alzada.

II. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, dentro de los límites de competencia previsto en los artículos 320⁴ y 328⁵ del CGP, la Sala deberá establecer, si tiene derecho la señora ENA VALETA PÉREZ a que se le reconozca y pague la indexación de la primera mesada de la pensión de gracia de la que es beneficiaria.

b. La indexación de la primera mesada pensional:

³ Folios 16 a 22, c. 2.

⁴ ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.**

(...)

⁵ ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente **sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

(...)

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.

Siendo así, las obligaciones pecuniarias de orden laboral y/o prestacional también son susceptibles de los fenómenos económicos que afectan el ingreso real del trabajador o extrabajador, máxime en el caso de los pensionados que derivan su sustento de manera directa del fruto de su trabajo de años anteriores.

Esta protección al ingreso efectivo, real y actualizado de los dineros y/o mesadas que perciben los pensionados ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial donde 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 de la fuente de la pensión (legales o convencionales) o si son 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 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 sentencia de unificación SU-131 de 2013 se ocupó 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 "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”⁶(Negrillas de la Sala).

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-131 de 2013. MP. ALEXEI JULIO ESTRADA.

Recientemente el mismo órgano constitucional en sentencia SU – 637 de 2016 adicionó que *"el deber de actualizar el valor adquisitivo no se reduce a la primera mesada pensional sino que debe incluir, además, la actualización del salario base de liquidación, con lo cual se garantiza el mínimo vital de las personas de tercera edad que se ven afectadas por la inflación. Del mismo modo, en desarrollo del principio de igualdad, esta Corporación ha afirmado que el derecho a la indexación de la primera mesada tiene un carácter universal y, por ende, se predica de todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen de la misma (si es legal, convencional o sanción) o su naturaleza (de vejez, de invalidez, etc.)."*

Así las cosas, 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 aun 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 H. CONSEJO DE ESTADO en las 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.⁷

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:

...⁸

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 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

⁷ En este sentido puede consultarse lo expuesto en la sentencia de 23 de mayo de 2002, dictada en el proceso 4798-01.

⁸ 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.

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 juris-dictio 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 1993.⁹

Así entonces se infiere que a partir de la Constitución Política existe el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, de ahí que en atención al principio de igualdad, todos los pensionados les asisten el derecho a obtener sus ingresos reales y actualizados, teniendo en cuenta que con esto se evita se generen tratamientos inequitativos, el desconocimiento de derechos adquiridos y la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

c. Solución del asunto.

Previo a resolver el fondo del asunto, la Sala debe pronunciarse sobre la posición de la UGPP y el Ministerio Público, relacionada con la transgresión al debido proceso de la parte accionada, por no tenerse por contestada la demanda, cuando la misma fue efectuada dentro de la oportunidad legal.

Sobre esta particularidad, como bien lo manifiesta la UGPP, considera la Corporación que no es la oportunidad para alegar esta presunta irregularidad, como quiera que antes de esta instancia, existió el escenario procesal adecuado para advertirla, esto es, en la etapa de saneamiento del proceso dentro de la audiencia inicial celebrada el día 29 de noviembre de 2017, espacio que tienen las partes para anunciar las posibles nulidades que puedan viciar el proceso. Pues bien, en esa oportunidad procesal, ya se había configurado aquella anomalía, sin embargo, la parte interesada no la alegó quedando entonces subsanada¹⁰, máxime si se tiene en cuenta que conforme el inciso 2º del artículo 135 del CGP¹¹, no puede alegarse ni encausarse esta situación

⁹ 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.

¹⁰ Artículo 207 del CPACA.

¹¹ **ARTÍCULO 135. REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD.** La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

como nulidad – como lo sugiere el Ministerio Público -, dado que la UGPP actuó dentro del proceso, después de ocurrida, sin que la haya alegado.

Así las cosas, la Sala no acoge la postura de la entidad accionada, ni la propuesta del Ministerio Público formulada en su concepto, por lo que se procede a desatar el caso de marras.

Abordando el *sub examine*, la Sala destaca que el reproche medular expuesto por la UGPP en el recurso de apelación, se centra en que no es procedente la indexación solicitada, puesto que la demandante siguió laborando aun después de haber adquirido el status de pensionado (año 1993), aspecto fáctico que no se acompasa con la posición jurisprudencial sobre la materia, referida a que sólo es procedente la indexación cuando la persona tiene veinte (20) años o más de servicio y se retira del mismo sin cumplir con la edad requerida, pero en tiempo posterior cumple la edad exigida, de manera que el status lo adquiere como posterioridad al retiro, por lo que el cálculo de su pensión debe actualizarse desde la fecha del retiro del servicio hasta su efectivo reconocimiento, situación que no se cumple en el caso de marras.

Cabe resaltar en este momento, que la entidad pensional no realiza un argumento concreto diferente al atrás anotado, por lo que el debate y estudio del caso se ceñirá a este punto, conforme lo estipula el inciso 1º del artículo 320 del CGP.

Vista la postura de la parte recurrente, este Tribunal considera que la sentencia en alzada debe ser CONFIRMADA, en razón de lo siguiente:

La señora ENA MARGARITA VALETA PÉREZ goza de la pensión de gracia en virtud de la Resolución No. 017920 de 31 de diciembre de 1996, expedida por la extinta Cajanal – hoy UGPP -, efectiva a partir del 2 de marzo de 1993. El acto en comento, estableció la cuantía de la pensión en \$111.822, y para su liquidación tuvo en cuenta el promedio de lo devengado por concepto de asignación básica en los últimos doce (12) meses.¹²

La señora ENA MARGARITA VALETA PÉREZ adquirió el derecho pensional en comento, por prestar sus servicios como docente del Departamento de

¹² Folios 12 a 15, c. 1.

Sucre desde el 19 de abril de 1971, cumpliendo los requisitos (edad y tiempo de servicio) para acceder a ese derecho pensional el día 2 de marzo de 1993, fecha en que cumplió cincuenta (50) años de edad. Sin embargo, dicha pensión no es incompatible con el salario percibido como docente en virtud del artículo 5º del Decreto 224 de 1972¹³, de ahí que la demandante siguió laborando en el magisterio hasta el 10 de febrero de 2004 cuando se retiró del servicio¹⁴. Es decir, que la demandante adquirió status de pensionada antes de que se hubiese producido la novedad laboral de retiro del servicio, aspecto permitido por la legislación especial del caso.

Ahora bien, para que se produzca la indexación de la primera mesada pensional, como mecanismo para garantizar la no pérdida del poder adquisitivo del pensionado en virtud de la devaluación de la moneda, **por regla general**, debe ocurrir primero el retiro del servicio y luego la causación del derecho a la pensión en comento, pues, precisamente en ese interregno, que valga decir debe ser considerable, hay que actualizar lo devengado en aquella época hasta el momento de adquirir el status, que es el punto habilitante para acudir a la entidad pensional para pedir el reconocimiento del derecho.

Destaca la Sala, que aquella postura no es aplicable a los docentes beneficiarios de la pensión de gracia, dado que su disfrute no pende del retiro del servicio, como sí aplica para la pensión de jubilación ordinaria de los empleados públicos de los demás órganos del Estado, dada la prohibición constitucional referida a ninguna persona puede percibir doble erogación proveniente del tesoro público¹⁵.

Así las cosas, la postura general trazada en materia de indexación de primera mesada pensional, no es posible aplicarla en el *sub examine* dada su imposibilidad fáctica, por cuanto la demandante percibió su derecho pensional de gracia, estando vinculada al cargo de docente del Departamento de Sucre, luego entonces, al momento del reconocimiento de aquel derecho, la administración pensional debió hacer los reajustes del caso, tal como lo ordena de manera general el artículo 2º de la

¹³ **Artículo 5º.-** El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.

¹⁴ Ver archivo 62 del CD de antecedentes administrativos, aportado por al UGPP.

¹⁵ Artículo 128 de la C. P.

Resolución No. 0117920 de 31 de diciembre de 1996, disposición de la que por su abstracción y generalidad se puede colegir que al hablar de reajuste se mira como la manera de actualizar los montos percibidos en los doce (12) meses antes de adquirir el status de pensionada hasta el momento del reconocimiento.

Ahora bien, tal como lo señaló el *A quo* en la sentencia en alzada¹⁶, a la demandante se le reconoció en varias oportunidades, tanto en sede administrativa¹⁷ como en cumplimiento de una decisión judicial¹⁸, la reliquidación de su derecho pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada – marzo de 1992 a marzo de 1993 -, disponiendo para ello la actualización y reajuste a los que por ley haya lugar.

Sin embargo, en la última reliquidación pensional efectuada mediante Resolución No. 00276 del 19 de enero de 2009¹⁹, pese a que se enlistan los nuevos factores salariales a incluir, en la parte considerativa de aquella decisión administrativa, la administración pensional manifestó que no era procedente la indexación de cada una de las sumas de cada factor incluido, luego entonces, le asiste razón al Juez de primera instancia, al considerar que si bien existen nuevos factores en la base pensional de la demandante, éstos en su momento no fueron indexados, debiendo la entidad realizar tal procedimiento, en aras de salvaguardar el poder adquisitivo de la moneda y con ello, el mínimo vital de la accionante, aspecto que es procedente, sin que sea condición necesaria que la demandante estuviera retirada del servicio, tal como se explicó en antecedencia.

Por último, no pasa por alto la Sala, la sentencia citada por la parte demandada en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia, proferida por este Tribunal, el día 29 de septiembre de 2017²⁰, para advertir que pese a que se trata del mismo tema – indexación de primera mesada de pensión de gracia - los supuestos fácticos no son iguales, de ahí que no pueda predicarse la misma postura,

¹⁶ no siendo objeto de reproche por la entidad demandada

¹⁷ Resolución 003798 de 5 de octubre de 2000. Ver archivo No. 31 del CD de antecedentes administrativos.

¹⁸ Resolución No. 23083 de 28 de noviembre de 2003.

¹⁹ Ver archivo 74 del CD de antecedentes administrativos.

²⁰ Radicación 70-001-33-33-002-2014-00229-01

en tanto en aquel caso, sí se había ordenado la indexación de los valores resultantes de la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, sin que posteriormente se hiciera otra reliquidación, en cambio, en el presente caso, aun cuando hubo una reliquidación de la pensión de gracia con la debida indexación de los valores, posteriormente hubo otro reajuste de esa pensión con factores nuevos, pero que en esa oportunidad la demandada negó expresamente la indexación. Luego entonces, al tratarse de supuestos fácticos distintos, no es posible aplicar de manera absoluta la decisión judicial que invoca la UGPP.

Así las cosas, dando respuesta al planteamiento jurídico, la Sala estima que la señora ENA MARGARITA VALETA PÉREZ sí tiene derecho a que los factores incluidos en la reliquidación pensional efectuada en la Resolución 00276 del 19 de enero de 2009, sean debidamente indexados, haciendo la precisión que el pago de los valores que resulten con anterioridad al 6 de octubre de 2012, están afectados de prescripción. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

d. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda a la parte demandada a favor de la demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, el día 29

de noviembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A -quo*, SE REALICE la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previa anotación en el software de gestión.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 24.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA.

Magistrado