



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2015-00046-01
DEMANDANTE:	JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP -”
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP -”**, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, que se produjo por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 19 de marzo de 2014, mediante el cual, le fue solicitada a la entidad demandada el

¹ Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada de la pensión de vejez, desde la fecha en que adquirió su status jurídico de pensionado – 31 de enero de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor, se ordene a la UGPP, le reconozca y pague la indexación de la primera mesada pensional de su pensión de vejez, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique, en la cuantía que asciende a la suma de \$21.822.809.75.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Mediante Resolución No. 07536 de febrero 28 de 2008, la entidad demandada, reconoció a favor del señor JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA, una pensión de vejez en cuantía de \$1.251.695.69, efectiva a partir del 1º de enero de 2007.

Mediante petición del 17 de abril de 2011, el actor solicitó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengaba en el último año de servicio, tales como: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad; desde la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionado – 31 de enero de 2006.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – “UGPP -” hasta la fecha de presentación de la demanda, no había dado respuesta a dicha solicitud.

Por lo anterior, se presentó solicitud de conciliación extrajudicial, audiencia que se llevó a cabo el día 6 de febrero de 2015 ante la Procuraduría 104 Administrativa Judicial I de Sincelejo, no obstante la misma se declaró fallida.

² Folios 2 - 3, del cuaderno de primera instancia.

Indica el accionante, que con la negativa relacionada, se violaron preceptos de orden constitucional, legal y jurisprudencial, tales como los Arts. 6, 13, 16, 25 y 58 de la C. P.; art. 10 del Código Civil; art. 5 de la Ley 57 de 1987; Ley 6 de 1945; arts. 21, 36 inciso 3 y 141 de la Ley 100 de 1993; Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

1.3. Contestación de la demanda³.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – “UGPP -”, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por carecer de sustento jurídico; y en cuanto a los hechos señaló que en su mayoría se admitían, excepto el relacionado en el numeral 5to., toda vez que el acto administrativo que reconoció la pensión al demandante, tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del derecho, es decir, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 31 de enero de 2005 al 31 de enero de 2006, debidamente indexados acorde al IPC de la fecha.

Propuso las siguientes excepciones:

* Inepta demanda por no demandar la totalidad de los actos administrativos: toda vez que, el demandante viene gozando de un derecho pensional ya reconocido mediante acto administrativo Resolución No. 07536 del 28 de febrero de 2008, el cual no fue integrado en la litis.

* Inexistencia de norma legal, pues, conforme lo dicho por la jurisprudencia, no se debía indexar la primera mesada pensional del actor, por cuanto la pensión le fue reconocida con base en el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio y como quiera que el demandante se retiró definitivamente del servicio, a partir del 31 de diciembre de 2006 y la pensión fue reconocida a partir del 1º de enero de 2007, se tenía que el tiempo transcurrido era inferior a un año, por lo que la pensión del actor no se afectó con el fenómeno de la pérdida adquisitiva de la moneda.

³ Folios 77 - 88 del cuaderno de primera instancia.

* Prescripción trienal, señalando, que sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones, se debía declarar la prescripción extintiva de ciertas mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva la respectiva prestación.

* Genéricas u oficiosas: Las que se encuentren probadas en el proceso.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2016, negó las súplicas de la demanda, al considerar que al demandante no le asistía el derecho reclamado, por cuanto jurisprudencialmente se había dicho que la indexación de la primera mesada pensional se produce cuando **“el derecho a la pensión es adquirido con posterioridad al retiro del servicio,** motivo por el cual, a la hora de liquidar la pensión, se hace necesario actualizar dicha base, trayéndola al valor real de la fecha en la cual se va a efectuar el reconocimiento del derecho, pues de lo contrario, no correspondería al valor real del salario con base en el cual se liquida tal asignación pensional”.

Señaló, que la situación del demandante era distinta a la antes planteada, toda vez que no obtuvo su status pensional después del retiro del servicio, sino antes, cuando aún se encontraba laborando, aunado a que al momento de hacerse el reconocimiento, se hizo con aplicación del IPC en cada uno de los años tomados para liquidar, desde 1996 a 2005, por manera que los valores allí indicados fueron traídos a tiempo presente.

Indicó, que respecto al periodo comprendido entre el 2006 (adquisición del status) y 2008 (reconocimiento) fue posteriormente liquidado a través de la Resolución No. PAP 035642 de enero 28 de 2011, con la correspondiente indexación. Y finalmente, la Resolución RDP 057196 de diciembre 17 de 2013,

⁴ Folios 109 – 118 del cuaderno de primera instancia.

reliquidó el año 2008, el cual correspondía al último año de servicios del demandante, donde se incluyeron todos los factores salariales devengados.

De esta forma, anotó, que se corroboraba que la primera mesada del actor no sufrió pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sino que los valores reconocidos fueron traídos a tiempo presente en cada uno de los periodos liquidados y reliquidados, de modo que no recibió sumas desvalorizadas en divergencia con el valor real del salario que devengaba el actor cuando prestaba sus servicios.

Así entonces, dado que no había lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, resultaba innecesario considerar la posibilidad de incluir en esa "indexación", los factores salariales que fueron reconocidos en su oportunidad por la entidad demandada.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, el actor la apeló para que fuera revocada en esta instancia y en su lugar, se accedieran a las súplicas de la demanda.

Argumentó, que la entidad al liquidar la cuantía de su pensión de vejez, tomó como factores salariales el promedio de los últimos 10 años en el periodo comprendido entre el año 1996 al 2005, teniendo en cuenta la asignación y la bonificación por servicios prestados y le aplicó el IPC de los años 1996 al 2008; pero dicho reconocimiento debía hacerse con todos los factores salariales devengados en el año 2006 (fecha en que cumplió su status de pensionado), tales como: asignación básica- bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima de navidad-, debiéndole aplicar a ese promedio el 75% debidamente indexado con los IPC de los años 1996 al 2008, fecha en la cual le fue reconocida su pensión de vejez, para determinar el valor real de la primera mesada pensional debidamente indexada con todos los IPC.

⁵ Folios 125 - 134, del cuaderno de primera instancia.

Señaló, que diferente era lo relacionado con la reliquidación de la pensión de vejez, pues, a esta si le tomaron todos los factores salariales devengados en el último año de servicio -2008-, aplicándole el 75% del promedio de los mismos, e indexados desde el año 2008- hasta la fecha en que salió el fallo de la reliquidación de su pensión.

Sostuvo, que el A-quo había confundido que al momento de reconocérsele su pensión, esta le fue indexada solamente con dos factores salariales devengados durante los últimos 10 años - 1996 al 2005 - y no le fueron indexados con todos los IPC desde el año 1996 al 2008, fecha en la cual le fue reconocida su pensión y se retiró del servicio; situación que era diferente en lo que hacía relación a la indexación de la reliquidación de la pensión que para tal efecto y de acuerdo a los fallos judiciales, le fue tomado el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio -2008- aplicándole la indexación de todos los IPC desde el año 2009 hasta la fecha en que salieron los respectivos fallos, que la condenaron a realizar la respectiva reliquidación de la pensión.

Manifestó, que como solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 9 de febrero de 2006 y la misma le fue reconocida el 28 de febrero de 2008, teniendo en cuenta los criterios de justicia y equidad definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tenía derecho a la indexación de la primera mesada para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los dineros reconocidos. En consecuencia, debía actualizarse su pensión, pero solamente por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1996 al 30 de diciembre de 2005, liquidando sobre los factores salariales que se tuvieron en cuenta al momento del reconocimiento de la citada prestación.

Arguyó, que como consecuencia de la inaplicación de las disposiciones correspondientes, la desvalorización constante y progresiva de la moneda y la pérdida del poder adquisitivo de la pensión reconocida a su favor, se habían afectado gravemente sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, debido proceso y al mínimo vital. Así mismo, la

interpretación del A-quo, al argumentar que la pensión estaba exenta o no podía indexarse porque se trataba de una pensión excepcional y especial, transgredía las normas legales, sobre la materia.

Así las cosas, insistió que se le debió reconocer la pensión actualizada con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, pues, era la única forma de impedir que percibiera una pensión devaluada.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 3 de febrero de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁶.

- En proveído de marzo 3 de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

La parte demandante⁸: Alegó en los mismos términos del recurso de alzada.

La parte demandada⁹: Alegó que el señor Jairo Oliva, consolidó su estatus jurídico el día 31 de enero de 2006, es decir, con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que en principio no tenía derecho a que se le cancelaran más de 13 mesadas pensionales anuales, no obstante, habría que verificarse la cuantía de la pensión contrastado con el salario mínimo de la época, para efectos de verificar si estaba o no inmerso en la excepción contenida en el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo.

Indicó, que la cuantía de la pensión se estableció en la suma de \$1.251.695.69, por su parte el salario mínimo de 2006 era la suma de \$408.000, monto que al ser multiplicado por 3, arrojaba la suma de \$1.224.000, es decir, que el valor de la mesada pensional reconocida al actor superaba el tope

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 20 - 26, cuaderno de segunda instancia

⁹ Folio 27 - 32, cuaderno de segunda instancia

de 3 salarios mínimos legales, de que trataba el párrafo transitorio 60 del Acto Legislativo estudiado, por tanto, la solicitud de reconocimiento y pago de la mesada catorce, pretendida por el actor no era procedente.

Así las cosas, teniendo en cuenta que tanto el acto administrativo inicial que reconoció la pensión, como el acto ficto o presunto por medio del cual se negó el reconocimiento de la mesada 14 a causa del silencio administrativo por parte de la entidad, no vulneraron ninguna disposición legal y fueron expedidos ajustados a derecho, por lo que solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia.

El Ministerio Público: No emitió concepto de fondo en esta instancia procesal.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Considera la Sala, que el problema jurídico a resolver en el presente asunto se circunscribe en determinar: ¿Tiene derecho el señor JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA a que se le reconozca y pague la indexación de la primera mesada de la pensión de la que es beneficiario?

2.3.- Análisis de la Sala.

La indexación 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.

En cuanto a la indexación de la mesada pensional, se tiene que tal figura encuentra fundamento en la Constitución Política, que dispone en su artículo 48 que *“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”*. Y en su artículo 53, que señala: *“El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”*.

Así entonces, a los pensionados les asiste el derecho a obtener sus ingresos reales y actualizados, 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.

En palabras del Doctrinante Gustavo Sánchez Puerta en su Obra Actualidad Normativa y Jurisprudencial en Pensiones¹⁰:

“La indexación 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 las pensiones, es una figura que responde a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda cuyo objeto es mantener en el tiempo el poder adquisitivo de la misma, de tal manera que, quede protegida contra los efectos perjudiciales de la desvalorización”.

La indexación busca la actualización de la moneda con el objetivo de combatir los efectos de la inflación”.

Sobre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia SU - 637/16, se ha referido en los siguientes términos:

“22. El derecho a la indexación de la primera mesada ha sido tratado en múltiples oportunidades por esta Corporación, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad. Así, desde los primeros antecedentes jurisprudenciales acerca de este tema, la Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, la actualización monetaria de la primera mesada tiene por finalidad

¹⁰ 1ª Edición 2017.

evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada.

23. Como puede verse en pronunciamientos tales como las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006, SU-1073 de 2012 y, más recientemente, SU-415 de 2015, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en afirmar que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es un asunto de gran relevancia constitucional en tanto que es una forma de materializar diversos principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, tales como el principio de Estado Social de Derecho, de in dubio pro operario y los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

24. La mencionada jurisprudencia ha establecido 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.). Al decir de la ya citada Sentencia C-862 de 2006:

“El derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual solo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos-los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación”.

(...)

Fórmula para indexar la primera mesada pensional. Evolución y desarrollo jurisprudencial.

29. El asunto acerca de la fórmula matemática que debe utilizarse para indexar las mesadas pensionales causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993 pero cobijadas por el régimen de transición, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial, nacido de la necesidad de encontrar la correcta interpretación del inciso tercero del artículo 36 de dicha normativa, que establece lo siguiente:

“Artículo 36. (...) 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 les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos” (negritas fuera del original).

30. Como cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia interpretó hasta el año 2007 que este inciso debía entenderse en el sentido de que la actualización monetaria de la suma que sirvió de base para calcular el valor de la pensión se debía tomar “el salario promedio mensual devengado por el trabajador en el último año y -dejando constante- se lo actualiza, año por año, con la variación anual del I.P.C. del DANE, para llevarlo al año de fecha de pensión; luego se pondera dicho resultado, multiplicándolo por el número de días que tuvo cada salario y dividiéndolo por el total de días que se toman para el I.B.L. A éste resultado se calcula el 75%, obteniendo así el valor de la pensión”. Esta posición, reproducida por jueces y tribunales de primera y segunda instancia, produjo numerosas censuras por parte de varios demandantes que consideraban que dicha interpretación disminuía de manera injusta su monto pensional y propugnaron porque la Corte Suprema aplicara a las pensiones lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995 para los bonos pensionales:

“Artículo 11. ACTUALIZACIÓN Y CAPITALIZACIÓN.

Para actualizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra, se lo multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha.

Para capitalizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra posterior, se lo multiplica por $(1 + TRR/100)$ elevado a un

exponente igual al número de días que van desde la primera fecha hasta la víspera de la segunda, dividido por 365,25.

Cuando un valor se actualiza y además se capitaliza, se están reconociendo intereses a la tasa del DTF pensional establecida por el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994".

La Corte Suprema, sin embargo, sostuvo que no podía aplicar a las pensiones el mencionado Decreto por cuanto este estaba dirigido específicamente a la actualización y capitalización de bonos, por lo que no podía extrapolarse a la indexación de mesadas pensionales.

31. En ese contexto, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-098 de 2005 por la cual decidió sobre la indexación de una mesada pensional reconocida antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. La importancia de esta providencia para el caso de referencia radica en que a partir de ella, esta Corporación fue la primera en adoptar como fórmula de indexación de la primera mesada aquella que había sido definida por el Consejo de Estado en desarrollo del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo de la época, para la actualización de este tipo de obligaciones, por considerar que era la más ajustada a los principios de justicia y equidad y los principios generales del derecho laboral, permitiendo una verdadera indexación de la primera mesada y manteniendo así el poder adquisitivo de las pensiones. En dicha providencia, el mencionado guarismo se describió así:

"El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 10 de diciembre de 1980. El Citibank Colombia procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán

los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, pues existe prueba en el expediente de que éstos fueron pagados.

La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones".

32. Por otra parte, la negativa de la Corte Suprema de Justicia de aplicar a las pensiones la fórmula contenida en el Decreto 1748 de 1995, llevó a varias personas a interponer acciones de tutela contra las decisiones de casación, alegando que adolecían de defectos susceptibles de afectar los derechos fundamentales de los pensionados. Estos cuestionamientos produjeron decisiones dispares por parte de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, como puede ilustrarse haciendo referencia a las Sentencias T-440 de 2006 y T-425 de 2007, proferidas por las Salas Sexta y Novena de Revisión respectivamente, que decidieron de manera diferente dos asuntos similares relacionados con la fórmula usada por la jurisdicción ordinaria para calcular la indexación de primeras mesadas pensionales.

33. Así, la Sentencia T-440 de 2006 estudió el caso de un empleado del Banco Cafetero que se pensionó a partir del 26 de noviembre de 1999 y que había adelantado un proceso laboral ordinario por encontrarse inconforme con la liquidación que se había realizado. El proceso culminó con una sentencia de casación en la cual la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 2004, en la cual aplicó la doctrina según la cual a estos casos no podía aplicarse la fórmula de actualización monetaria establecida para los bonos, ante lo cual el accionante interpuso la acción de tutela resuelta por esta Corporación, argumentando que la negativa de la Corte Suprema de aplicar los porcentajes certificados por el DANE, según lo dispuesto en el citado artículo 11 del Decreto 1748,

vulneraba su derecho fundamental a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional. En su decisión, la Sala Sexta de Revisión indicó que las autoridades judiciales laborales no habían incurrido en ningún defecto violatorio de los derechos fundamentales del accionante, en tanto que la fórmula que habían utilizado se ajustaba a una interpretación plausible que la jurisprudencia laboral le había dado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no tuteló los derechos invocados y mantuvo incólumes las providencias de los jueces ordinarios.

34. Por su parte, la Sala Novena estudió en Sentencia T-425 de 2007, tan sólo un año después, el caso de otro ex empleado del Banco Cafetero que solicitó la reliquidación de su pensión por conducto de una demanda ordinaria laboral. Surtidas las instancias respectivas, la Sala de Casación Laboral ordenó que la primera mesada le fuera indexada siguiendo la jurisprudencia laboral establecida. Una vez más, se presentó acción de tutela en la cual los argumentos del accionante estaban encaminados a que se reconociera la indexación utilizando lo establecido en el régimen de bonos para interpretar el artículo 36 de la Ley 100. Sin embargo, al contrario de la ocasión anterior, la Sala decidió que esta situación cabía dentro del ámbito de aplicación del principio pro operario, decidiendo entonces que para este caso debía aplicarse la fórmula del Consejo de Estado y de la Sentencia T-098 de 2005, “pues refleja criterios justos y equitativos al no permitir que al demandante se le vulneren sus derechos al llevar a cabo la liquidación con base en el salario devengado hace diecisiete años, respecto del cual Bancafe en Liquidación no hizo ningún tipo de actualización que permitiera proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo y del cambio de las condiciones económicas”.

35. Con todo, puede decirse que desde el año 2007 el problema jurídico alrededor de la fórmula de indexación aplicable a la primera mesada pensional se encuentra zanjado. En efecto, con ocasión de la Sentencia de Radicado No. 31222 de 13 de diciembre de 2007, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió “revisar las pautas que en un principio se adoptaron para la aplicación de la fórmula matemática que sirvió para dar efectividad al mecanismo de la actualización aludida, ello para el contingente de trabajadores que se hallen en las circunstancias especiales antedichas, y bajo esta órbita modificar su criterio”, para luego proceder a aplicar la fórmula que ya venían utilizando el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Así, la Corte Suprema estableció que “con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizarla mesada pensional” por considerar que “el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor

final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado”.

36. En conclusión, a la fecha, las tres jurisdicciones y sus órganos de cierre se encuentran de acuerdo en utilizar la fórmula de indexación originalmente ideada por el Consejo de Estado por considerar que proporciona mejores condiciones para los pensionados, en aplicación a los principios de equidad, justicia material y pro operario. En todo caso, esta Sala encuentra acertada la afirmación hecha por la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia de radicado 31222 de 2007, en el sentido “de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, [por lo que] se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones”.

2.3.3.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que la extinta Caja Nacional de Previsión social E.I.C.E., mediante Resolución No. 07536 de febrero 28 de 2008, reconoció pensión de vejez al señor JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA, efectiva a partir del 1º de enero de 2007, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio. El acto en comento, estableció la cuantía de la pensión en \$1.251.695.69 y para su liquidación, tuvo en cuenta el promedio de lo devengado por concepto de asignación básica y bonificación por servicios prestados, más la aplicación del I.P.C. entre los años 1996 a 2005¹¹.

¹¹ Folios 25 – 29 del C.1 y Archivo No. 29 del CD de antecedentes administrativos aportados por la UGPP, visible a folio 74.

Con posterioridad, CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, mediante Resolución No. PAP 035642 de enero 28 de 2011, reliquidó la pensión de vejez del actor en cuantía de \$1.456.469, efectiva a partir del 11 de enero de 2009. En dicho acto, se dijo que era procedente realizar la reliquidación de la pensión conforme al *“inciso 3 o 6 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”*, aplicando un 75% sobre un Ingreso Base de Liquidación, conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiese cotizado o aportado el interesado, entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2008¹².

Subsiguientemente, la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en cumplimiento de un fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, expidió la Resolución No. RDP 057196 de diciembre 17 de 2013, por medio de la cual, reliquidó la pensión de vejez del señor Jairo Antonio Oliva Vergara, en cuantía de \$1.762.177, efectiva a partir del 1º de enero de 2009. Para dicha reliquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio (2008), incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, ello, con actualización del IBL¹³.

Mediante petición de marzo 19 de 2014, el actor solicitó a la UGPP, reliquidara e indexara la primera mesada pensional que le fue reconocida mediante Resolución No. 07536 de 2008, con el promedio de todos los factores salariales devengados al momento en que adquirió su status de pensionado en el último año de servicio, así como el reajuste con el IBL¹⁴.

La anterior petición no fue contestada por la UGPP, por lo que el señor Jairo Antonio Oliva, demanda en sede judicial la nulidad del acto ficto o presunto que se produjo por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 19 de marzo de 2014 y en consecuencia, solicita se ordene a la UGPP, le reconozca y pague la indexación de la

¹² Archivo No. 42 del CD de antecedentes administrativos - folio 74 del C.1.

¹³ Archivo No. 2701 del CD de antecedentes administrativos - folio 74 del C.1.

¹⁴ Folios 11 – 16 del C.1.

primera mesada pensional de su pensión de vejez, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando se verifique su pago.

Ahora bien, de las pruebas allegadas, se desprende que el señor JAIRO ANTONIO OLIVA VERGARA, adquirió el status pensional el 31 de enero de 2006, pero fue retirado del servicio en diciembre 30 de 2008¹⁵. Así entonces, se tiene que el demandante adquirió status de pensionado, antes de que se hubiese producido la novedad laboral de retiro del servicio.

De igual forma, se advierte que el A-quo en la providencia impugnada, niega las pretensiones de la demanda al considerar que no le asiste el derecho reclamado al actor, por cuanto jurisprudencialmente se ha dicho que la indexación de la primera mesada pensional se produce, cuando **“el derecho a la pensión es adquirido con posterioridad al retiro del servicio, motivo por el cual, a la hora de liquidar la pensión, se hace necesario actualizar dicha base, trayéndola al valor real de la fecha en la cual se va a efectuar el reconocimiento del derecho, pues de lo contrario, no correspondería al valor real del salario con base en el cual se liquida tal asignación pensional”**.

El demandante, recurre la anterior decisión, pues, insiste se debe actualizar su pensión, pero solamente por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1996 y el 30 de diciembre de 2005, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en dicho periodo.

Teniendo en cuenta lo anterior esta Sala considera que le asiste razón al A-quo, en cuanto señala que para que se produzca la **indexación** de la primera mesada pensional, debe ocurrir primero el retiro del servicio y luego la causación del derecho a la pensión, pues, precisamente en ese interregno, hay que actualizar lo devengado en aquella época hasta el momento de adquirir el status, en virtud de la depreciación de la moneda.

¹⁵ Según se desprende de la Resolución No. 0923 de 2008, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre - Archivo No. 38 del CD de antecedentes administrativos - folio 74 del C.1.

El anterior supuesto no acontece en el sub examine, dado que el demandante alcanza su derecho pensional estando vinculado al servicio.

No obstante, se precisa, que al momento del reconocimiento de aquel derecho, la administración pensional debe hacer los **reajustes** del caso, esto es, actualizar los montos percibidos en los doce (12) meses antes de adquirir el status de pensionado hasta el momento del reconocimiento.

En tal sentido, se observa que en el acto de reconocimiento pensional (Resolución No. 07536 de 2008), se estableció la cuantía de la mesada en la suma de \$1.251.695.69, teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo devengado por concepto de asignación básica y bonificación por servicios prestados, más la aplicación del I.P.C. entre los años 1996 a 2005.

De igual forma, en la Resolución No. PAP 035642 de enero 28 de 2011, se reliquidó la pensión de vejez del actor en cuantía de \$1.456.469.00, liquidándose la mesada con el 75% del Ingreso Base de Liquidación, conformado por el promedio de los salarios cotizados entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2008¹⁶.

Que comparadas las mesadas anteriores, con la liquidación de la pensión realizada por la Contadora de este Tribunal, se advierte que la pensión del actor no estuvo debidamente ajustada para la fecha de reconocimiento, teniendo en cuenta su último año de servicio previo a adquirir su status pensional. Así, conforme a la liquidación de esta Colegiatura, se tiene:

FACTOR SALARIAL	AÑO 2005 (1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE)	AÑO 2006 (1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE)
Sueldo básico	1.617.401	1.698.272
Bonificación por servicios Prestados	47.174	-
Prima de servicios	138.715	-
Prima Vacacional	75.137	-
Prima de Navidad	156.536	-
TOTALES	2.034.962	1.698.272
DIAS LABORADOS	329	31

¹⁶ Archivo No. 42 del CD de antecedentes administrativos - folio 74 del C.1.

TOTAL DEVENGADO ANUAL	22.316.754,50	1.754.881,07
INGRESO BASE LIQUIDACION	2.005.969,63	
PORCENTAJE PENSION	75,00%	
VR PENSION	1.504.477,22	
PENSION RECONOCIDA	1.251.695,69	
DIFERENCIA PENSIONAL	252.781,53	

LIQUIDACION DEL RETROACTIVO DE
LA PENSION
IPC FINAL SEPTIEMBRE DE
2016 132,78

Año 2006	Mes. Pensional	Ajuste anual	Mes. Pensional ajustada	IPC Inicial	Mes. Pensional Actualizada
Febrero	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	85,11	\$ 2.347.132,95
Marzo	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	85,71	\$ 2.330.702,20
Abril	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	86,10	\$ 2.320.145,01
Mayo	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	86,38	\$ 2.312.624,28
Junio	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	86,64	\$ 2.305.684,27
Mes Adic.	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	86,64	\$ 2.305.684,27
Julio	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,00	\$ 2.296.143,51
Agosto	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,34	\$ 2.287.205,01
Septiembre	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,59	\$ 2.280.676,85
Octubre	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,46	\$ 2.284.066,83
Noviembre	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,67	\$ 2.278.595,70
Diciembre	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,87	\$ 2.273.409,41
Mes Adic.	\$ 1.504.477,22	0,00%	\$ 1.504.477,22	87,87	\$ 2.273.409,41

Año 2007	Dif. Pensional	Ajuste anual	Dif. Pensional ajustada	IPC Inicial	Dif. Pensional Actualizada
Enero	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	88,54	\$ 2.357.284,10
feb-17	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	89,58	\$ 2.329.916,66
Marzo	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	90,67	\$ 2.301.907,29
Abril	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,48	\$ 2.281.525,30
Mayo	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,76	\$ 2.274.563,36
Junio	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,87	\$ 2.271.839,93
Mes Adic.	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,87	\$ 2.271.839,93
Julio	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	92,02	\$ 2.268.136,65
Agosto	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,90	\$ 2.271.098,30
Septiembre	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,97	\$ 2.269.369,73
Octubre	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	91,98	\$ 2.269.123,01

Noviembre	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	92,42	\$ 2.258.320,00
Diciembre	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	92,87	\$ 2.247.377,35
Mes Adic.	\$ 1.504.477,22	4,48%	\$ 1.571.877,80	92,87	\$ 2.247.377,35

Año 2008	Dif. Pensional	Ajuste anual	Dif. Pensional ajustada	IPC Inicial	Dif. Pensional Actualizada
Enero	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	93,85	\$ 2.350.450,26
Febrero	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	95,27	\$ 2.315.416,78
Marzo	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	96,04	\$ 2.296.852,95
Abril	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	96,72	\$ 2.280.704,68
Mayo	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	97,62	\$ 2.259.677,90
Junio	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	98,47	\$ 2.240.172,21
Mes Adic.	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	98,47	\$ 2.240.172,21
Julio	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	98,94	\$ 2.229.530,59
Agosto	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	99,13	\$ 2.225.257,31
Septiembre	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	98,94	\$ 2.229.530,59
Octubre	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	99,28	\$ 2.221.895,22
Noviembre	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	99,56	\$ 2.215.646,41
Diciembre	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	100,00	\$ 2.205.897,57
Mes Adic.	\$ 1.571.877,80	5,69%	\$ 1.661.317,65	100,00	\$ 2.205.897,57

Ahora, si bien es cierto que conforme a la anterior liquidación, la mesada liquidada en el acto de reconocimiento pensional, **(\$1.251.695.69)**, no estuvo debidamente ajustada, también lo es, que para el año 2008, según la liquidación de éste Tribunal, **(\$1.571.877,80)**, el ajuste pensional se encuentra por debajo de la reliquidación efectuada por la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, mediante Resolución No. RDP 057196 de diciembre 17 de 2013, en la cual se tuvo una cuantía pensional de **(\$1.762.177)**, en razón a que se tomó el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio (2008), incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios

prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, ello, con actualización del IBL¹⁷:

AÑO	FACTOR	VALOR ACUMULADO	VALOR IBL	VALOR IBL ACTUALIZADO
2008	ASIGNACION BASICA MES	22,508,088.00	22,508,088.00	22,508,088.00
2008	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	656,486.00	656,486.00	656,486.00
2008	PRIMA DE NAVIDAD	2,094,598.00	2,094,598.00	2,094,598.00
2008	PRIMA DE SERVICIOS	1,930,251.00	1,930,251.00	1,930,251.00
2008	PRIMA DE VACACIONES	1,005,407.00	1,005,407.00	1,005,407.00

IBL: 2,349,569 x 75.00 = \$1,762,177
SON: UN MILLON SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE.

Esta pensión estará a cargo de:

ENTIDAD	DÍAS	VALOR CUOTA
FONDO DE PENSIONES PUBLICAS - FOPEP-	14340	\$1,762,177.00

Efectiva a partir del 1º de enero de 2009.

Así las cosas, esta Sala advierte que la mesada pensional desde la última reliquidación efectuada, no está afectada de depreciación monetaria, por lo que el demandante no tiene derecho a que la misma sea indexada en los términos pedidos por serle menos favorable, consecuencia de lo cual, se confirmará como la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda.

2.3.4. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

¹⁷ Archivo No. 2701 del CD de antecedentes administrativos - folio 74 del C.1.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0131/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA