



Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2016-00119-01
Demandante	SILVERIO ANTONIO RODRÍGUEZ HERAZO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA - CONFIRMA. ESTUDIA DE OFICIO INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare la nulidad del acto ficto presunto que niega la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez y la indexación de la primera mesada.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, o si resuelta más favorable, según lo dispuesto en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, iii) Pagar las diferencias hasta el monto de las mesadas adeudadas correctamente liquidadas que surjan de la reliquidación de la pensión, desde que se hizo acreedor a dicha prestación y hasta que se satisfagan las pretensiones de esta acción, iv) pagar las mesadas dejadas de cancelar desde el 14 de septiembre de 2009, v) pagar los intereses previstos por el art. 141 de la Ley 100 de 1993, vi) pagar la indexación de la primera mesada pensional, vii) cumplir la sentencia en los términos señalados en los Artículos 192 del CPACA y viii) condenar en costas a la demandada.

1.2 Hechos relevantes planteados

1.2.1 El accionante prestó sus servicios personales en la extinta ESE Hospital Universitario de Cartagena, desde el 1 de mayo de 1976 hasta el 13 de marzo del 2000.

¹ Folio 90-98





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

- 1.2.2 Mediante Resolución 10613 del 7 de septiembre de 2007, COLPENSIONES le reconoce pensión por vejez como beneficiario del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y liquidando la prestación sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales que componen sus ingresos y sin indexar la primera mesada pensional.
- 1.2.3 El 25 de febrero de 2016, radicó solicitud de reliquidación pensional e indexación de la primera mesada ante la entidad demandada, sin recibir respuesta.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución Política Artículos 2, 6, 25 y 58.
Leyes 33 Artículo 1.
Ley 100 de 1993 Artículo 36.

El actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la cual remite al Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, pero atendiendo a la condición más beneficiosa en lo relativo a la determinación del monto de su mesada pensional, que en el caso resulta ser lo establecido en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que, tiene derecho a que se indexe su pensión de vejez, como quiera que se encuentra probado que laboró hasta el mes de marzo de 2000, y solo le fue reconocida su prestación hasta el mes de octubre de 2006. Por lo anterior y de conformidad con lo expuesto en la sentencia SU-120 de 2003, el monto de los salarios devengados al momento de la desafiliación al sistema o retiro del servicio, deben indexarse hasta la fecha en que efectivamente entra a disfrutar la pensión.

Sostiene que la Corte Constitucional considera que es contrario a los criterios de equidad y justicia pagar al demandante la pensión, tomando como base el salario que devengaba hace más de seis años y sin ningún tipo de actualización que permita proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo. En ese sentido, no es válido el argumento según el cual, la pensión se calculó con base en el salario mínimo legal vigente, puesto que ello no obedece a verdaderos parámetros de indexación sino al cumplimiento de un mandato que prohíbe el pago de pensiones inferiores a ese valor.

2. Contestación de la demanda²

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que en el caso del actor la pensión fue reliquidada mediante Resolución No. GNR 103919 del 19 de abril de 2016, teniendo en cuenta el Artículo 21 de la Ley 797 de 2003, aplicando una tasa de remplazo del 75% del IBL.

² Folios 44-50.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

En suma, manifestó que la liquidación de la pensión de vejez se efectuó de conformidad con las normas aplicables y vigentes, las cuales no contemplan los factores invocados por el actor.

Así, señaló que el Artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció que el Artículo 6 del Decreto 691 de 1994, determinaría la base de cotización, en el sentido que el salario mensual base, para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, de los servidores públicos, estará constituido únicamente por los factores allí dispuestos.

Respecto a la indexación de la primera mesada pensional la Corte constitucional mediante sentencia SU-1073 de 2012 estableció que el reconocimiento de tal pretensión se debe otorgar a las pensiones teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal al considerar que el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en que se presentó la primera reclamación, podría en riesgo la estabilidad del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo anterior precisó que, la indexación de la primera mesada pensional, se origina con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, cuando el afiliado se retiró del servicio sin haber completado el requisito de la edad.

Sostiene que, actualmente la pensión que disfruta el actor ha sido actualizada conforme al Artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el Artículo 41 del Decreto 692 de 1994, por lo que no es pertinente acceder a las pretensiones de la demanda.

Propuso las excepciones denominadas "inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, "bueno fe", "cobro de lo no debido" y la "innominada o genérica".

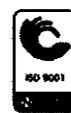
3. Fijación del litigio³

En la audiencia inicial celebrada el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), dentro de la cual se dictó la sentencia, se fijó como litigio el siguiente:

Establecer si el demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados y aplicando el principio de favorabilidad invocado.

Deberá además determinarse, si el accionante tiene derecho a que le indexe su primera mesada pensional, considerando que se retiró del servicio el 31 de enero de 2000 y que la prestación le fue reconocida a partir del 21 de enero de 2006, según lo reclamó ante Colpensiones.

³ Folios 82 y 82 vuelto





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

Las partes estuvieron de acuerdo; decisión que quedó debidamente ejecutoriada.

4. Sentencia de Primera Instancia⁴.

Mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), la Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, negó parcialmente las pretensiones de la demanda, aplicando la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 y reiterada en sentencia SU-427 de 2016, conforme a la cual los factores salariales como parte del IBL no están sujetos a la transición, sino a las reglas del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, que dispone que como factores de liquidación de pensión sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente, tengan un carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubiere realizado las cotizaciones respectivas, teniéndose que al haber sido recocida la pensión del actor con sujeción a esas previsiones, la reliquidación pretendida no está llamada a prosperar.

Frente a la pretensión de indexación de la primera mesada pensional, la A quo accedió a dicho pedido al considerar que en virtud de la jurisprudencia constitucional imperante y en guarda del mandato superior de equidad, el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero. Respecto de dicha pretensión declaró la prescripción de mesadas.

5. Recurso de apelación⁵.

COLPENSIONES impugnó la sentencia de primera instancia, solicitando se absuelva de las pretensiones, teniendo en cuenta que con relación a la indexación de la primera mesada pensional la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-1073 de 2012 estableció que su reconocimiento se otorga con fundamento en el principio de sostenibilidad fiscal al considerar que el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en que se presentó la primera reclamación, pondría en riesgo la estabilidad del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo anterior precisó que, la indexación de la primera mesada pensional, se origina con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, cuando el afiliado se retiró del servicio sin haber completado el requisito de la edad.

Señaló que por medio de la Resolución No. 01613 del 7 de septiembre de 2007, el ISS reconoció la pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta 1.169 semanas, efectiva a partir del 21 de octubre de

⁴ Folios 90-98

⁵ Folio 99-100





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

2006, es decir con posteridad al 23 de diciembre de 1993, por lo que no es viable la indexación del Ingreso Base de Liquidación.

Sostiene que, actualmente la pensión que disfruta el actor ha sido actualizada conforme al Artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el Artículo 41 del Decreto 692 de 1994, por lo que no es pertinente acceder a lo pretendido.

Con sustento en la sentencia T-020/11 de la Corte Constitucional, indicó que en esencia al liquidar las prestaciones reconocidas, los valores son actualizados en el sistema y traídos a valor presente, es así como los salarios correspondientes a años anteriores se reajustan con el IPC reportados por el DANE de manera anual, así las cosas, se trata de una revalorización de las sumas recocidas a través de la cual se pone en equilibrio el desbalance producido por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, con lo que se da por cumplido lo pretendido en libelo de la demanda, por lo que no es pertinente acceder a la solicitud incoada.

6. Trámite procesal de segunda instancia.⁶

Mediante auto de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil dieciocho (2018) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6.1 Alegatos de conclusión.

6.1.1. Parte demandada⁷.

Reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación.

6.1.2. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.1.3. Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el Artículo 207 del CPACA. En la segunda instancia no se observan irregularidades que impidan decidir de fondo la controversia, sin embargo, con antelación se resolverá como asunto previo si se presenta ineptitud sustantiva de la demanda en el caso concreto, porque la entidad accionada aportó con la contestación de la demanda resolución que

⁶ Folio 116 del segundo cuaderno

⁷ Folios 119-120





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

resolvió la petición formulada por el actor el 25 de febrero de 2016. En caso contrario, se definirá la lis.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problemas jurídicos

Para formular los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, la Sala primero, habrá de determinar si existe ineptitud sustantiva de la demanda respecto del acto ficto producto del silencio administrativo negativo que la parte actora invocó respecto de la petición que presentó el día 25 de febrero de 2016, toda vez que en el expediente obra respuesta a la misma, contenida en el acto administrativo identificado como Resolución No GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016 que el actor conocía con antelación a que la demanda se hubiese admitido, porque también se allegó copia de la constancia de notificación personal de fecha 11 de julio de 2016 y por medio de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se negó la indexación de la primera mesada y la prescripción de las devengadas con antelación al 25 de febrero de 2013.

En caso negativo, se procederá a estudiar si le asiste razón a la parte demandada en que la sentencia de primera instancia se debe revocar porque no es procedente ordenar la indexación de la primera mesada.

3. Tesis

La Sala declarará que, aplicando los principios de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, no es dable declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, porque el acto expreso contenido en la Resolución No GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016 que definió la solicitud que elevó respecto de la reliquidación de su pensión de vejez, así como la indexación de la primera mesada y declaró la prescripción de las devengadas con antelación al 25 de febrero de 2013, se le notificó con posterioridad a la presentación de la demanda y en esos casos resulta dable que la Sala proceda a resolver de fondo la controversia.

Con respecto al fondo de la lis, la sentencia de primera instancia se confirmará porque el demandante se retiró del servicio el 13 de marzo de 2000 y cumplió los 55 años el 24 de septiembre de 2006—fecha en la que adquirió el estatus pensional—, por lo que es procedente la indexación de la primera mesada, y en ese orden se deben aplicar los principios *in dubio pro operario*, los postulados del Estado Social de Derecho, la protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y el mínimo vital que garanticen el poder adquisitivo de su pensión, porque para el momento en





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

que efectivamente comenzó a devengarla, -esto es 7 años después-, se liquidó dicha prestación con una suma desvalorizada.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 De la ineptitud de la demanda.

En decisión de 31 de mayo de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada, Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente radicado interno (0178-18), precisó acerca de la clasificación de los actos administrativos según su contenido, lo siguiente:

"Son actos de trámite o preparatorios, los actos preliminares que toma la Administración para adoptar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un determinado asunto. Son actos definitivos o principales, los actos administrativos que en términos del Artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con una determinada actuación y son actos de ejecución, aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa..."

En la precitada providencia, también se reiteró lo dicho el 16 de marzo de 2017⁸, en relación con la clasificación de los actos administrativos y la utilidad que reviste para efectos de determinar si son pasibles de juzgamiento ante la jurisdicción y se concluyó⁹:

"...En suma, únicamente las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo o aquellos que afecten derechos o intereses, o impongan cargas, sanciones y obligaciones que afectan o alteran situaciones jurídicas determinadas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de ahí que los que impulsan la actuación, o no procuran por solucionar de fondo las solicitudes de los administrados, no son cuestionables ante esta jurisdicción..."

4.2 Indexación de la primera mesada.

Según la Corte Constitucional el concepto de indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada - entre las que se cuentan por supuesto, las obligaciones laborales. Lo anterior, en la medida en que la inflación produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica

⁸ Consejo de Estado, auto de 16 de marzo de 2017, expediente: 20001-23-33-000-2014-00121-01 (4288-14), Magistrado Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁹ Postura reiterada por la misma subsección el 21 de junio de 2018, expediente: 25000-23-42-000-2017-04738-01 (0850-18), Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación¹⁰.

Ahora bien en materia laboral, la indexación de la primera mesada pensional ha sido entendida por el Consejo de Estado como el mecanismo que se utiliza, en aplicación de los principios de equidad y justicia para revalorizar las obligaciones pensionales con el fin de traer a valor presente las sumas que han perdido su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo¹¹.

Al respecto se advierte que si bien dentro del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, no existe norma expresa que prevea la actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas en los términos del Artículo 14 de la Ley 100 de 1993¹², la jurisprudencia constitucional ha reconocido el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional, la cual encuentra su fundamento en los Artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, que consagran el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo y se reajusten periódicamente. Dichos preceptos constitucionales permiten garantizar en condiciones de equidad y de justicia social que los pensionados no se vean afectados por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por los procesos inflacionarios y reciban, en término monetarios, una pensión acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva¹³.

En cuanto al derecho a la indexación la Corte en mención expresó:

“Más recientemente, en Sentencia T-799 de 2007, la Sala Tercera de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional reiteró la posición que viene indicándose al señalar que para efectos de determinar la titularidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, resultaba irrelevante que la pensión tuviera origen legal o convencional, pues **el derecho implícito en esta garantía es atribuible a cualquier pensionado que**

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-1073/12 del 12 de diciembre de 2012. Referencia: expedientes T-2.707.711 y AC. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 20 de septiembre de 2018 dentro del expediente identificado bajo el radicado 08001-23-33-000-2014-01528-01 (1730-16) C.P William Hernández Gómez.

¹² «Artículo 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno. [...]»

¹³ “ 2.5.3. **La jurisprudencia constitucional ha predicado el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional**

No existe ninguna razón constitucionalmente válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, cuando todos se encuentran en la misma situación y todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria.

Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado expresamente que éste es un derecho de carácter universal que debe ser garantizado a todos los pensionados. De lo contrario, se produciría una grave vulneración del derecho a la igualdad que constituye un trato discriminatorio” (Corte Constitucional, Sentencia SU – 1073-12)





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

hubiera sufrido los efectos negativos de la pérdida de valor adquisitivo de su pensión. Así se refirió la Sala al punto en debate:

"...si en gracia de discusión se aceptara que la pensión vitalicia de jubilación reconocida al actor por la entidad accionada es de origen legal o convencional, asunto que tampoco le corresponde a la Corte entrar a definir por este mecanismo constitucional, esta condición, en criterio de esta Sala no constituye factor determinante para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, en tanto que cualquiera que sea su origen de la prestación, **es evidente la vulneración del derecho fundamental a la actualización de la primera mesada pensional del actor, al debido proceso, igualdad y mínimo vital, puesto que la depreciación considerable y la pérdida del poder adquisitivo de su mesada pensional amenazan sus condiciones de vida, de forma tal que hacen necesarias medidas urgentes de protección por esta vía de la acción de tutela, a la luz de las recientes decisiones de constitucionalidad proferidas por esta Corporación en las sentencias C-862 y C-891A de 2006.**" (Sentencia T-799 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño)

La Sala precisó también que dicha interpretación era obligatoria a la luz de la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad C-862 y C-891A, ambas de 2006, que habían sido proferidas con el fin de llenar el vacío inconstitucional que impedía actualizar el valor real y monetario de las pensiones. Esta fuerza dispositiva venía impuesta –agregó la Sala– por la sentencia de unificación SU-120 de 2003, que reconoció como interpretación constitucional aquella favorable a la actualización monetaria de la primera mesada pensional."¹⁴ (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado, ha sostenido que es procedente actualizar la base salarial para determinar el monto de la primera mesada de las pensiones, cuando por efecto del paso del tiempo se ha perdido de manera ostensible y considerable su poder adquisitivo; así se ha manifestado dicha Corporación:

"Finalmente, en punto al argumento del Instituto de los Seguros Sociales, ISS, según el cual no era procedente que el Tribunal hubiera ordenado la indexación de la primera mesada pensional del demandante debe decirse que si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado, con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los Artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene porque soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios. En sentencia del 15 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, se establecieron las siguientes reglas:

"No aceptar la indexación del ingreso base del demandante, pretextando que los últimos años no estuvo vinculado laboralmente luego de haber prestado sus servicios, por más de 23 años, y de esa manera reconocer su mesada pensional, con valores deteriorados, constituiría una afrenta a la justicia e iría en contravía de los postulados Constitucionales citados.

¹⁴ Sentencia T-012/08, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de "sumum jus summa injuria" – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por Ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la Ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional".

Así las cosas, no se trata del imperio de los criterios auxiliares de la justicia y de la equidad sobre la Ley como estima el recurrente, sino que, al no existir una disposición legal que se refiera a la indexación de la primera mesada pensional la Juez debe acudir a tales preceptos para evitar que se vulneren los derechos del trabajador en cuanto a que su ingreso laboral, después de más de veinte años de servicios, se convierta en una pensión liquidada sobre sumas desvalorizadas por el paso del tiempo, debido a que al servidor le faltaba cumplir únicamente el requisito legal de la edad para adquirir el estatus de pensionado.

En consecuencia, si bien el Artículo 178 del C.C.A. invocado por el Tribunal no es fundamento para indexar el ingreso base de liquidación de la pensión pues dicha norma se refiere a la liquidación de las condenas, como argumentó la entidad demandada, **encuentra la Sala que en todo caso el valor de la primera mesada pensional del accionante estaba desactualizado y no corresponde a la realidad, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, y como ya lo ha admitido esta Corporación, es una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte dña Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el Artículo 230 de la Constitución Política**⁵.

El anterior criterio has sido reiterado de manera invariable por esta Sección, en sus dos Subsecciones, tal como puede verse en las sentencias de 30 de enero de 2003. Rad. 4478-2001. M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero y de 27 de julio de 2011. Rad. 1066-2010. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Lo contrario sería admitir una situación de desigualdad entre quienes cumplen todos los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión al momento de su retiro del servicio y quienes se retiran del mismo por haber cumplido el tiempo de servicios quedándoles faltando únicamente tener la edad para acceder a dicha prestación, como ya se anotó, pues mientras tanto ven disminuido el monto de la mesada inicial, por cuanto las normas del Sistema General de Pensiones en especial, el Artículo 14 de la Ley 100 de 1993, contemplan es la actualización anual de las pensiones que ya fueron concedidas, en forma equivalente al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (reajuste en el IPC) y, por excepción, cuando las pensiones sean de cuantía equivalente al salario mínimo legal, se reajustan en el porcentaje que sea mayor entre el IPC o el porcentaje en que se haya

⁵ Sentencia del 30 de enero de 2003. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-1064-01(4478-01). C.P. Ana Margarita Olaya Forero.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

aumentado el salario mínimo."¹⁵ (Negritas no son del texto)

Acorde con la anterior postura jurisprudencial, podemos afirmar que hay lugar a la indexación del salario que sirvió de base para la liquidación de la primera mesada pensional, cuando satisfecho el requisito del tiempo de servicio, el trabajador se retira, cumpliendo con el requisito de la edad con posterioridad a su desvinculación.

Lo anterior, por cuanto durante el lapso de su desvinculación, el último salario devengado sufre un detrimento, por efecto de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda¹⁶.

Así mismo, se concluye que la ausencia de una disposición legal que ordene la actualización de la base salarial para el cálculo del monto pensional cuando ésta ha sufrido devaluación por el transcurso del tiempo, no constituye un impedimento para reconocerla, pues ello es posible acudiendo a preceptos constitucionales como el contenido en los Artículos 48 y 53 –mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones–, que amparan estos mecanismos de revalorización de las obligaciones pensionales¹⁷ y a principios también de rango constitucional como el in dubio pro operario y el principio de solidaridad.

5. El caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1 Mediante Resolución No. 10613 del 7 de septiembre de 2007 el ISS reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor SILVERIO ANTONIO RODRÍGUEZ HERAZO, en cuantía de \$500.857 (f. 12-16).

5.1.2 La pensión de jubilación del señor SILVERIO ANTONIO RODRÍGUEZ HERAZO fue reconocida conforme al régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según consta en los considerandos del

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia del 12 de abril de 2012. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00800-01 (0581-10).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación 760012331000200801205-01 (1995-11). Gersaín Daza contra el Municipio de Palmira (Valle del Cauca).

¹⁷ "La jurisprudencia constitucional en sede de tutela ha señalado de manera reiterada la forma como debe subsanarse la omisión en comento. En efecto en las distintas ocasiones en las cuales la Sala Plena¹⁶¹¹ y las distintas salas de decisión¹⁶²¹ de esta Corporación han tenido que examinar casos de trabajadores pensionados en virtud del numeral segundo del Artículo 260 del C. S. T., cuya pensión había sido calculada sin indexar el salario base para la liquidación de la primera mesada, han sostenido que en virtud del derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (el cual como antes se sostuvo se deriva de los Artículos 48 y 53 constitucionales); amén de otros mandatos de rango constitucional tales como el principio in dubio pro operario, el principio de solidaridad y la especial protección de las personas de la tercera edad; debe indexarse el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de aquellas personas que se retiran o son retiradas del servicio luego de haber laborado más de veinte años, pero sin haber alcanzado la edad señalada por el numeral primero del Artículo 260 del C. S. T." (Sentencia SU-1073-12)





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

acto respectivo (f. 12-16).

Consecuente con lo anterior el tiempo de servicios, edad y monto de la prestación, se determinó conforme al Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad, 20 años de servicio¹⁸. Para determinar el IBL, dio aplicación al Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con base en 1.169 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$667.809 y un porcentaje de liquidación de 75%.

5.1.3 El actor adquirió su estatus pensional el 24 de septiembre de 2006¹⁹ fecha en la que cumplió la edad requerida para acceder a la prestación pensional – 55 años- y que laboró hasta el 13 de marzo de 2000 (f. 22).

5.1.4 Mediante petición radicada ante COLPENSIONES en fecha 25 de febrero de 2016(Fl. 23-24), el hoy demandante solicitó a dicha entidad la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados y la indexación de la primera mesada pensional.

5.1.5 Con Resolución GNR 109319 del 19 de abril DE 2016²⁰, COLPENSIONES, negó la reliquidación pensional en los términos solicitados por el actor.

5.1.6 La Resolución anterior se notificó al demandante de manera personal el día 11 de Julio de 2016 informándole que contra la misma procedía el recurso de reposición y en subsidio apelación.²¹

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar (i) si existe ineptitud sustantiva de la demanda respecto del acto negativo ficto producto de la solicitud elevada el 25 de febrero de 2016²², por medio del cual el actor

¹⁸ "Art. 1 Ley 33 de 1985. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

...

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

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

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

¹⁹ CD obrante a folio 58 del expediente archivo No. GEN-DDI-AF-2016_1913970-20160225122110.

²⁰ CD obrante a folio 58 del expediente contentivo del expediente administrativo aportado por la demandada, Archivo No. GRF-AAT-RP-2016_7867517-20160711020901.

²¹ CD Rom allegado por la entidad accionada con la contestación de la demanda.

²² Fl 23





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

solicitó a la entidad accionada la reliquidación de su pensión de vejez y la indexación de la primera mesada, al allegarse con el expediente administrativo copia de la Resolución No GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016 que resolvió tal petición, ii) en caso negativo, establecer si se debe confirmar, modificar y/o revocar la sentencia en cuanto ordenó la indexación de la primera mesada del actor.

Respecto al primer problema jurídico, resulta oportuno anotar que el Artículo 43 del CPACA determina que son actos definitivos « [...] los que **decidan directa o indirectamente el fondo del asunto** o hagan imposible continuar la actuación» (se destaca), y, por tanto, son pasibles de ser enjuiciables ante esta jurisdicción, en atención a que contienen la voluntad de la Administración, dado que crean, modifican o extinguen una situación particular, o impiden continuar con la actuación administrativa.

Por lo anterior, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está previsto para atacar la validez de un acto administrativo particular⁵, partiendo del presupuesto fundamental de que no todos los actos de la Administración son actos administrativos propiamente dichos y, por ende, susceptibles de cuestionamiento por la vía jurisdiccional, pues sólo ha de dirigirse contra los actos jurídicos definitivos, que son los verdaderos actos administrativos, y no contra actos de impulso de un procedimiento, ni contra actos de mera ejecución de procedimientos concluidos o derechos de petición alegando el silencio administrativo positivo.

Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado y de este Tribunal, han sido enfáticos en precisar que, los actos preparatorios, los actos de simple ejecución y los actos de trámite, no son demandables mediante este tipo de acciones, pues sólo lo serán los actos definitivos que contienen la expresión de voluntad de la administración al crear, modificar o extinguir la situación del particular.

Conforme lo precedente, por acto definitivo se entiende aquel que resuelve de fondo la cuestión planteada ante la Administración. En otras palabras, acto definitivo particular es el que comúnmente niega o concede el derecho reclamado ante la autoridad y que, por ende, crea, modifica o extingue una situación jurídica, con efectos vinculantes para el particular.

En el caso concreto, en el CD ROM allegado por la entidad accionada se aportó copia de la Resolución **GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016** que resolvió la petición que el actor elevó el **25 de febrero de 2016**, en los siguientes términos:

“Que el señor RODRIGUEZ HERAZO SILVERIO ANTONIO (...), solicita el 25 de febrero de 2016 la reliquidación de la pensión de vejez (...)

“Solicito se me reliquide mi pensión de jubilación de acuerdo a lo ordenado por la Ley 33 de 1985 y en consideración y aplicando lo resuelto en solicitud de reliquidación de mi pensión de jubilación atendiendo a lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 y las sentencias de 7 de julio de 2005 (...), las cuales ordenan liquidar la prestación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que se le cancelaron





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

el trabajador de manera habitual como retribución por sus servicios de suerte que se deben tener en cuenta factores como asignación básica (...). Es decir el 75% de la totalidad de lo percibido dándole aplicación a la legislación mas (sic) favorable a mi situación particular".

La Sala observa que en el oficio de fecha 25 de febrero de 2016, además de la petición anterior, el actor elevó las siguientes (ver folio 23):

- "(...) Solicito se me reconozca y cancelen LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA con fundamento en lo preceptuado en la sentencia 862 de 2006, en vista de que mi retiro del servicio se dio el 31 de enero del año 2000 y me reconocieron la pensión de vejez en el año 2006.
- Solicito me reconozca y paguen las diferencias en el valor de las mesas (sic) indexadas habiéndose actualizado el valor de mi mesada pensional, es decir, retroactivo pensional, desde el momento que adquirí el derecho, es decir, el 23 de diciembre de 2012 hasta la fecha en que se me reconozca mi derecho."

En la Resolución GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016, COLPENSIONES resolvió la petición de reliquidación de la pensión de vejez del actor teniendo en cuenta lo cotizado en los últimos diez (10) años de servicios, a partir del status (24 de septiembre de 2006), con el 75% de la tasa de remplazo y efectividad a partir del 25 de febrero de 2013, toda vez que declaró la prescripción de las mesadas no reclamadas con antelación al 25 de febrero de 2016 (fecha en que presentó el derecho de petición). Tuvo en cuenta los factores de salario enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En lo que respecta a la indexación solicitada por el actor, señaló que se negará porque su pensión se actualizó conforme al Artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 41 del Decreto 692 de 1994. Así mismo que con relación a las pensiones iguales a un salario mínimo mensual, serían reajustadas en el mismo porcentaje en que se incrementa el salario mínimo legal mensual y que en caso de que el IPC fuere superior al incremento del salario mínimo, las pensiones se incrementarían conforme al IPC.

Visto lo anterior, se evidencia que en el caso concreto si bien el actor no demandó el acto expreso, no estamos ante ineptitud sustantiva de la demanda, en que si bien, a través de la Resolución GNR 109319 de fecha 19 de abril de 2016 COLPENSIONES resolvió la petición del actor relacionada con la reliquidación de la pensión de vejez y la indexación de su primera mesada que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente, la cual siempre habrá de ser reajustada de oficio cada año, dicho acto administrativo se notificó personalmente al actor el 11 de julio de 2016, esto es, con posterioridad a la presentación de la demanda.

Conforme lo precedente y como la demanda se presentó el día 9 de junio de 2016²³, y si bien el actor tenía la potestad de reformar la demanda

²³ FI 1





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

conforme lo prevé el Artículo 173 del CPACA para demandar el acto expreso que resolvió su petición, la entidad accionada no alegó como excepción la de inepta demanda y por el contrario en la audiencia inicial guardó silencio y la A-quo procedió a decidir el fondo de la controversia.

Por lo anterior, esta Sala dando aplicación a los principios de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, procederá a resolver el fondo de la controversia.

Respecto de la impugnación de COLPENSIONES, relacionada con la indexación de la primera mesada, la Sala la confirmará la decisión de la A-quo, porque se acreditó que el actor se retiró del servicio el 12 de febrero de 2000²⁴, siendo su última asignación básica la suma de \$483.455 (Sin incluir los demás factores devengados y que están enlistados en el Decreto 1158 de 1994 pero que no son objeto de estudio en la alzada dado que el actor no apeló la sentencia) y adquirió el status de pensionado tan solo al cumplir los 55 años de edad en la anualidad de 2006. Por tal razón el valor total del ingreso base de liquidación incluidos los factores de salario sobre los cuales hubiese cotizado al Sistema, debieron ser actualizado con base en la variación del índice de precios del consumidor IPC certificados por el DANE.

En el caso concreto, se evidencia con suma claridad que el actor en el año **2000** devengaba un salario muy superior al mínimo legal mensual vigente que para tal fecha correspondía a la suma de \$260.100 y sin embargo, en el acto administrativo que le reconoció la pensión a partir de la anualidad de **2006** (Resolución 10613 del 7 de septiembre de 2007), el monto otorgado lo fue por la suma de \$500.857; mientras que el salario mínimo legal mensual vigente de dicho año es muy cercano, esto es por la suma de \$408.000. Por ello, resultó acertada la decisión de la primera instancia de ordenar la indexación de la primera mesada pensional, dando aplicación al derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que se deriva de los Artículos 48 y 53 constitucionales; amén de otros mandatos de rango constitucional tales como el principio in dubio pro operario, el principio de solidaridad y la especial protección de las personas de la tercera edad.

En conclusión se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

El Artículo 188 CPACA en concordancia con el Artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.– señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**. En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, no resulta procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁴ FI 14





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00119-01

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

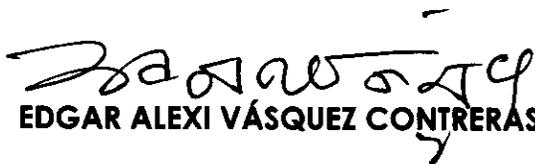
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ausente con permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2016-00119-01
Demandante	SILVERIO ANTONIO RODRÍGUEZ HERAZO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA. CONFIRMA-ESTUDIA DE OFICIO INEPTITUD SUSTANTIVA DEMANDA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

