

Cartagena de Indias D. T. y C, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Laboral
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00110-01
Demandante	Edith Margarita Jay Lever
Demandado	UGPP - Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Tema	<i>Indexación de la primera mesada pensional</i>
Magistrado Ponente	Roberto Mario Chavarro Colpas

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero (03) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2. La demanda.

2.1 Pretensiones

Nulidad del acto administrativo Resolución RDP 024486 de 30 de junio de 2016, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega a indexar la primera mesada pensional de la pensión recibida por la señora Edith Margarita Jay Lever; Resolución RDP 035268 del 21 de septiembre de 2016, que resuelve el recurso de reposición confirmando el acto anterior y resolución RDP 039059 de 14 de octubre de 2016, por el cual se resuelve una apelación y se confirma la resolución anterior.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la UGPP a indexar la primera mesada pensional de la actora, con el pago de respectivo retroactivo.

2.2. Hechos

Mediante Resolución 46089 expedida el día 11 de septiembre de 2006, la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E en Liquidación, reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez a la señora Edith Margarita Jay Lever, por haber

laborado al servicio de diferentes entidades del estado desde el 16 de junio de 1982 hasta el 30 de diciembre de 2005, laborando un total de 6475 días, teniendo como último cargo el de escribiente en la Rama Judicial.

Que la actora solicita la reliquidación de su pensión de vejez el cual fue negada mediante resolución 39067 del 15 de agosto de 2008.

Posteriormente interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación para que se reliquidara su pensión, al cual fue concedida por medio de la resolución UMG 014080 del 19 de octubre de 2011, teniendo en cuenta los nuevos tiempos aportados, todos los factores salariales devengados con el 75%.

Cajanal a pesar de haber reliquidado la pensión de jubilación, los valores de esta prestación no se indexaron, desconociendo los lineamientos que señala las matemáticas financieras y la ley, toda vez que la Caja omitió el ajuste indexado de los factores salariales.

Que el día 31 de mayo de 2016, la demandante eleva ante la entidad demandada solicitud reclamación administrativa ante la UGPP, con el fin que la entidad indexara la primera mesada pensional.

A través de la resolución RDP 024486 de 30 de junio de 2016, se niega la indexación de la primera mesada pensional.

Contra el acto administrativo, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; la entidad emitió la resolución RDP 035268 de 21 de septiembre de 2016, por medio del cual resuelve el recurso de reposición, en donde niega las solicitudes planteadas; luego profiere resolución RDP 039059 de 14 de octubre de 2016, por medio de la cual resuelve el recurso de apelación planteado y confirma en todas sus artes la resolución apelada.

2.3. Normas violadas

- Constitucionales: artículos 13, 25, 29, 48, 53, 209 y 230

2.4. Concepto de violación.

Expone la actora que se transgredieron disposiciones constitucionales, por cuanto se desconoció un derecho cierto e indiscutible por parte de Cajanal y que se encuentra su fuente en el art. 48 Constitucional, como es el derecho a

la seguridad social, de aquí el derecho a la actora que se indexe la primera mesada pensional; debido a que al reconocérsele una pensión, al momento de hacer efectivo dicho promedio no se tuvo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo que había sufrido la moneda.

La UGPP al negar la petición de indexación de la primera mesada pensional, desconoce no solo el derecho a una pensión justa, digna y equitativa, sino que también atenta contra el orden jurídico existente, esto al aplicar ecuaciones matemáticas contrarias a la ley, no aplicó la revalorización de los factores salariales ordenados, re liquido violando de manera directa con esa omisión el art. 14 de la ley 100 de 1993, el art. 9 decreto 542 de 1997 y los artículos 22, 31 del decreto 717 de 1978, toda vez que al no aplicar la revalorización de esta suma dineraria, incurre en incumplimiento normativo por parte de Cajanal.

3. La contestación

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Sostiene en su defensa que en lo referente a la indexación de la mesada la jurisprudencia constitucional ha entendido que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira de su empresa y el reconocimiento de la pensión lo cual genera un detrimento económico para el patrimonio del pensionado para el presente caso no se presenta esta situación toda vez que la extinta Cajanal hoy UGPP le reconoció y pago el derecho de la prestación a la demandante por lo que este constituye un argumento adicional para despachar en forma negativa su solicitud por cuanto existe pleno respaldo jurídico que determina que para la pensión plena de jubilación que en la actualidad disfruta no opera la indexación de la primera mesada pensional.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la indexación de la primera mesada pretendida por el extremo accionante no es procedente, pues según los postulados y reglas jurisprudenciales, esta solo procede cuando habiéndose retirado el empleado, el mismo alcanza su status de pensionado en una fecha posterior a su retiro del servicio, razón por la cual se hace necesario indexar la primera mesada pensional con el fin de

contrarrestar el efecto inflacionario de la económica sobre la pretensión a recibir el por el pensionado.

Que en efecto, en el asunto de la referencia no puede afirmarse una pérdida del poder adquisitivo del IBL de la pensión de la accionante, pues si bien consolidó su status pensional en el 2006, y por ende fue expedida la Resolución N° 46089 del 11 de septiembre de 2006, en el cual se reconocida y ordenaba el pago de una mesada pensional a su nombre, efectiva a partir del 1 de enero de 2006, dicho acto administrativo quedo condicionado a que la accionante demostrara su retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión, retiro que solo demostró hasta el 30 de diciembre de 2009, y por razón la entidad demandada mediante resolución UGM 014080 de 19 de octubre de 2011, le reliquidó su pensión con efectos desde el 1 de enero de 2010, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

así las cosas en el caso de la demandante, no se evidencia que hubiese transcurrido un lapso considerable de tiempo entre la fecha de retiro del servicio y el reconocimiento efectivo de la primera mesada pensional reliquidada, esto es, entre el 30 de diciembre de 2009 y el 1 de enero de 2010, motivo por el cual no es procedente la indexación deprecada, toda vez que por el tiempo transcurrido no se puede suponer una disminución del poder adquisitivo de la mesada pensional de la cual se solicita el ajuste.

5. Recurso de apelación.

5.1. Parte demandante.

El apoderado de la parte demandante, manifiesta que en primera medida vale la pena destacar que la señora juez se pronuncia sobre unas pretensiones que no se hizo en el escrito demandatorio, como lo es la mesada catorce.

Por otro lado en lo concerniente a la indexación de la primera mesada, alega que la demandada al momento de expedir el acto administrativo que reconoce la pensión con antelación, la entidad no realizó la indexación de la mesada de la actora, ocasionándole una ruptura abrupta en la depreciación de la moneda, no existiendo de parte de esta entidad un reconocimiento de esta pérdida del valor de la moneda.

Quedo demostrado que trascurrieron más de 5 años en el cual se produjo el retiro del servicio del demandante y en cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación o derecho pensional no se indexó la primera mesada, de tal manera que evidentemente se causa una depreciación de la moneda, causando pérdida en quien recibe el derecho pensional.

6. trámite de segunda instancia.

A través de acta de reparto de fecha 09 de diciembre de 2019, le fue asignado el proceso al despacho del Magistrado ponente, el cual mediante auto adiado 26 de febrero de 2020, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena.

Posteriormente mediante auto calendado 24 de julio de 2020, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presentaran sus alegatos por escrito.

6.1. Alegatos de segunda instancia.

Las partes no alegaron de conclusión.

6.2. Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

De acuerdo con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y de conformidad con la jurisprudencia¹, el art. 243 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con los arts. 320 y 328 del C.G.P. se procederá a resolver el recurso de apelación, de conformidad con la remisión del art. 306 del CPACA.

4.3. Problema jurídico.

Se contraerá a establecer si debe revocarse o no la sentencia apelada, al determinar si el actor, tiene derecho a que se la indexe la primera mesada pensional.

4.4. Tesis.

Se revocara la sentencia de primera instancia para que en su lugar conceder las pretensiones de la demanda debido a que está probado en el proceso la actora, tenía derecho a percibir su pensión a partir de 01 de enero de 2010, y le fue reconocida con el salario devengado en el año 2009, por lo que el valor sufrió una devaluación, el cual de conformidad con la jurisprudencia debido ser indexada para mantener el poder adquisitivo de la moneda, ello en aplicación de los principios de equidad y justicia.

4.5. Marco normativo y jurisprudencial.

Indexación de la primera mesada pensional.

El Honorable Consejo de Estado, respecto a la indexación de la primera mesada pensional, ha expresado que:

"La indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento; sin embargo, en casos como el que se analiza, en que el retiro del servicio y el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho pensional se cumplieron en el mismo año, e incluso, el reconocimiento también se efectuó en él, no puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión, pues no transcurrió un tiempo que diera lugar a la referida depreciación; por el contrario, al haber sido

¹ CONSEJO DE ESTADO. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718). 17 de mayo de 2018. Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO.

reconocida la pensión en el 100% del salario, de acuerdo con la convención colectiva que lo cobijaba, siguió percibiendo la misma remuneración que hubiera seguido recibiendo, en caso de haber continuado laborando².

En pronunciamientos más reciente en sede de tutela la sección primera del Consejo de Estado, dispuso unos presupuestos, a saber, los siguientes:

*“En efecto, cuando se habla de la indexación de la primera mesada pensional, lo que se pretende garantizar es que desde la fecha en que se tiene derecho a disfrutar de dicha prestación, que no es otro que el día en que la persona adquiere el estatus de pensionado, se le reconozca una mesada que mantenga su capacidad adquisitiva respecto a los factores salariales que se tuvieron en cuenta para su liquidación, aunque éstos se hayan visto afectados por fenómenos inflacionarios [...] (...) **Por último, vale la pena precisar que la línea jurisprudencial desarrollada por la H. Corte Constitucional en relación a la indexación de la primera mesada pensional, hace referencia aquellos casos en los cuales existen diferencias significativas de tiempo (superiores a un año), entre el momento en que los ciudadanos cumplieron los requisitos legalmente establecidos para obtener la pensión (tiempo de servicio y edad), y el momento en que efectivamente se reconoció esta, de manera tal que la cuantía de los factores salariales tenidos en cuenta para calcular dicha prestación, corresponden a la época en la que se presentó el servicio, cuantía que por coincidir con el momento en que se profiera la resolución que reconoce la primera mesada pensional está devaluada (por el paso del tiempo y los fenómenos inflacionarios), de manera tal que debe actualizarse al instante en que se otorga la pensión. [...] (...) Para la Sala, tal análisis resulta razonable, pues tal como lo señaló el Tribunal, la indexación del ingreso base de liquidación de las pensiones es procedente, siempre que entre la fecha de retiro del servicio y la fecha en que se cumplen los requisitos pensionales haya transcurrido un tiempo considerable que afecta el ingreso base por efectos de la inflación positiva que registra la economía; no obstante, ello no ocurrió en el presente caso, pues entre la fecha en que la actora se retiró del servicio como docente y la fecha en que adquirió el estatus pensional no transcurrió ningún periodo de tiempo, en razón a que la señora [P.V.] adquirió dicho estatus el 18 de abril de 1995, momento en el cual aún prestaba sus servicios, lo cual ocurrió hasta el 5 de mayo de 1995. (...) En ese orden de ideas, para la Sala la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente alegado, pues, tal como se observó, no se cumplieron los presupuestos fácticos para que se ordenara la indexación de la primera mesada pensional, en razón a que al momento de adquirir el estatus pensional la actora aun prestaba sus servicios de docente, además, en la Resolución núm. 004119 de 21 de marzo de 1997 se ordenó la actualización monetaria correspondiente, como se explicó en líneas anteriores.”***

Por su parte la Corte Constitucional³ dispuso la Fórmula para indexar la primera mesada pensional.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A” Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11) Actor: GERSAIN DAZA Demandado: MUNICIPIO DE PALMIRA

³ Sentencia SU637/16



"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"[17]. 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[18], 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[19]. 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 actualizar la 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".

Se entiende de lo anteriormente citado que la actualización de la primera mesada se hace con el ánimo de traer a valor presente las sumas que, por el transcurso del tiempo, han perdido el poder adquisitivo, en otras palabras, cuando se hubiera producido una depreciación considerable del ingreso base con que ha de liquidarse la prestación y la pérdida del poder adquisitivo de ella.

4.6. EL CASO CONCRETO.

La Sala considera pertinente aclarar tal y como lo expuso el recurrente, que el *a-quo*, se pronunció de una pretensión que no fue solicitada en la demanda, por la cual, a de revocase en ese sentido la sentencia de primera instancia, para salvaguardar el debido proceso y el principio de congruencia.

En ese orden se procede a desatar la controversia planteada, en el siguiente tenor:

Del material probatorio obrante en la foliatura se encuentra acreditado que mediante Resolución nº 46089 del 11 de septiembre de 2006 la extinta Cajanal, resolvió reconocer y ordeno el pago a favor de la actora de una

pensión mensual vitalicia por vejez, a partir del 01 de enero de 2006, condicionada al retiro definitivo del servicio.

Así mismo mediante resolución UGM 014080 del 19 de octubre de 2011, la entidad mencionada resuelve reliquidar el pago de una pensión de vejez a favor de la demandante, a partir de 01 de enero de 2010, en cumplimiento a lo establecido en el art.6 del Decreto 546 de 1971, aplicando 75% sobre IBL conformado por la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio (entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2009)

En lo referente en la indexación de la primera mesada pensional, La jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha entendido que la indexación de la primera mesada es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que, por el transcurso del tiempo, han perdido el poder adquisitivo, ello en aplicación de los principios de equidad y justicia.

Entre tanto, la Corte Constitucional⁵ ha sostenido que el derecho a la indexación de la primera mesada se origina cuando se hubiera producido una depreciación considerable del ingreso base con que ha de liquidarse la prestación y la pérdida del poder adquisitivo de ella.

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04045-01(1827-15). Actor: MARÍA DEISSY JIMÉNEZ DE ASTAIZA

“Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) De lo anterior se concluye que en la medida en que la obligación de reconocer la pensión de jubilación surge solo a partir del momento en que se adquiere el estatus pensional, la entidad encargada de efectuar el pago debe establecer la base de la liquidación de la prestación preservando su poder adquisitivo, porque como esta constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral útil, con la finalidad de garantizar su subsistencia en condiciones dignas y justas cuando alcance la tercera edad, su reconocimiento y pago no puede efectuarse con sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios.

Así las cosas, la indexación de la primera mesada puede realizarse en vía gubernativa por la administración y es obligatoria para las pensiones de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, incluso, quienes cuenten con un régimen especial y adquirieron la pensión con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que es un derecho que deriva directamente de los postulados y pilares fundamentales del Estado social de derecho que promueven el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en garantía de los principios de equidad, justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores, derechos de alta relevancia constitucional que no deben ser desconocidos, en virtud del principio *pro homine* hecho norma de tiempo atrás en tratados internacionales⁴, que impone interpretar y aplicar las normas que sean más favorables a la persona y a sus derechos humanos.”

⁵ Sentencia T-799 de 2007

Es decir, hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, cuando por efecto del paso del tiempo se ha perdido de manera ostensible y considerable su poder adquisitivo y en las anteriores condiciones habrá de estudiarse si en el caso del demandante así ocurrió.

Tal como se expresó en la resolución de reliquidación; se le re liquidó la pensión reconocida el 01 de enero de 2006, a la señora Jay Lever, a partir del 01 de enero de 2010, y la resolución fue expedida el 19 de octubre de 2011; el monto de la pensión fue calculado con el salario anual devengado en el último año de servicio de la actora (*entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2009*), lo que permite concluir que, el poder adquisitivo del salario, que después se convirtió en pensión, sufrió la depreciación que da lugar al reconocimiento de la indexación reclamada; pese a que fue reliquidada, sin embargo; sin tener en cuentas, la depreciación que se dio desde el año en que fue reliquidada (2009) y el año en que se le empezó a pagar (2010)

En ese orden se tiene claramente que tal y como lo expone el acto administrativo de reconocimiento se tuvo en cuenta el promedio devengado en el último año de servicio del causante, esto es en el año 2009, y solo se configuro derecho a percibir una pensión a partir del año 2010, esto indica que hubo pérdida del poder adquisitivo de la moneda con el salario tomado como base para la liquidación en el año posterior al reconocimiento.

La indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento; como corrió en el caso concreto debido a que la señora Jay tenía derecho a la reliquidación pensión a partir del 01 de enero de 2010, y le fue reliquidada con el salario devengado en el año 2009, por lo cual le asiste el derecho, a la actora a que se le actualice la primera mesada pensional.

Lo anterior para mantener el poder adquisitivo de la moneda, debido a que este pierde su valor año tras año y desde del año donde se tomó el valor de la reliquidación pensional (2009) a la fecha del día del otorgamiento (2010) paso al año siguiente, por lo que se considera que afecta las mesadas pensionales que se generan por la depreciación que sufre el dinero en el año siguiente.

Lo anterior debido a que el valor del dinero del 2009, para siguiente año 2010 sufre depreciación.

Prescripción de mesadas pensionales.

La parte demandada propuso la excepción de prescripción, por lo que se procede a lo pertinente.

La prescripción se rige conforme a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que establecen un término de tres años a partir de que la obligación se hace exigible para reclamar su reconocimiento inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial, la reclamación ante la administración la interrumpe por otro periodo igual, es decir que se inicia nuevamente a contar los tres años.

Siendo que el derecho pensional fue reconocido mediante la Resolución No. UGM 014080 del 19 de octubre de 2011 y la petición de reliquidación se hizo el 31 de mayo de 2016, transcurrieron más de tres años, razón por la cual, hay lugar a declarar la prescripción de derechos de que tratan las normas reseñadas.

En ese orden y por tratarse prestaciones periódicas, restando los tres años hacia atrás desde la fecha de interrupción de la prescripción – 31 de mayo de 2016 – nos arroja el día 31 de mayo de 2013, por lo que las diferencias que se causaron anteriores a esa fecha están prescritas.

Del Restablecimiento del derecho

Así las cosas, se ordenará el restablecimiento del derecho, a que la demandada, reconozca y pague a la demandante desde a partir del 1 de enero de 2010; la diferencia que resulte entre el valor cancelado por concepto de pensión de jubilación y lo que ha debido pagar una vez reliquidado el monto de la pensión e incrementado anualmente su valor.

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 reliquidación de la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 01 de enero de 2010.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 01 de enero de 2010. La actora 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, teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones.

Por lo anterior hay lugar a que se indexe la primera mesada pensional a la actora, en aplicabilidad a los parámetros jurisprudenciales antes acotados, por lo que ha de revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder las pretensiones del actor.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en los art. 365 y 366 Código General del Proceso.

Así las cosas, se concluye que en el presente caso se condenará al pago de costas a la parte accionada, toda vez que fue revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia del 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero (03) Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en la Resolución RDP 024486 de 30 de junio de 2016, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega a indexar la primera mesada pensional de la pensión recibida por la señora Edith Margarita Jay Lever; Resolución RDP 035268 del 21 de septiembre de 2016, que resuelve el recurso de reposición confirmando el acto anterior y resolución RDP 039059 de 14 de octubre de 2016, por el cual se resuelve una apelación y se confirma la resolución anterior; en consecuencia y como restablecimiento del derecho indéxese la primera mesada pensional de la actora de conformidad con lo antes expuestos.

Las diferencias que resultasen anteriores al 31 de mayo de 2013, decláranse prescritas.

TERCERO: Se NIEGAN las demás pretensiones.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. Líquidense por Secretaría las costas del proceso.

QUINTO: Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

351cded8e0441b8f5c85b8a2b1f81f05a3f779f6248f0be303412f6ffe7e13cd

Documento generado en 21/10/2020 07:01:21 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>