



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

Quibdó, Agosto veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016).

SENTENCIA No.181

RADICADO: 27001333300220150012300
DEMANDANTE: RAFAEL DEDIEGO VALENCIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CHOCO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Vista la constancia secretarial que antecede, AVOQUESE el conocimiento del presente asunto.

El señor **RAFAEL DEDIEGO VALENCIA**, por conducto de apoderado judicial, instauró el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del **DEPARTAMENTO DEL CHOCO** para que con citación y audiencia del Ministerio Público, se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1ª) INAPLIQUESE para el caso concreto el sistema normativo contenido en los artículos 50,51,62,63 y 135 del C.C.A (Artículos 63,74,76,87 y 161-2º del CPACA), en cuanto al presupuesto procesal de agotamiento de la vía gubernativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Nacional, en razón a que mi poderdante, para la fecha de presentación de esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho (marzo 2 del 2015), cuenta con más setenta y cuatro (74) años de edad, por cuanto, nació el día 10 de diciembre de 1940.

2ª) Declarar la nulidad parcial de la resolución 1377 del 2 de noviembre del 2011, mediante la cual EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, le reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación a mi mandante, Sr. RAFAEL DEDIEGO VALENCIA, en cuantía de \$535.600, efectiva a partir del 1º de junio del 2010. Así mismo, se debe declarar la existencia del silencio administrativo negativo, por falta de respuesta a la reclamación administrativa de reliquidación de la pensión de jubilación, formulada ante el Departamento del Chocó, el día 20 de marzo del 2013, por ende, debe decretarse la nulidad de dicho acto administrativo ficto o presunto.

3ª) Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se dictará un nuevo acto administrativo, reconociendo y ordenando pagar a mi poderdante, Sr. RAFAEL DEDIEGO VALENCIA, su pensión de jubilación, con todos los factores de salario e indexación del ingreso base de liquidación (\$1.107.064), para determinar la tasa de reemplazo del 75%, equivalente a \$830.298, a partir del 23 de enero de 1997.

4ª) La entidad demandada, pagará a mi poderdante las diferencias resultantes del valor de la pensión reconocida, por la entidad accionada y la pensión legal, liquidada con todos los factores de salario y la indexación del ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo ya señalado, los reajustes de ley, por la suma de \$70.506.400, desde el

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

primero (1º) de febrero del 2012 hasta el 28 de febrero del 2015, conforme al artículo 157-5º del CPACA.

5ª) *La sentencia, ordenará cumplir lo dispuesto en los artículos 188, 192, 195-4º del CPACA”.*

HECHOS

La apoderada de la parte demandante relató cómo hechos que fundamentan las pretensiones los que a continuación se relacionan:

"1º) *Al Sr. RAFAEL DEDIEGO VALENCIA, el DEPARTAMENTO DEL CHOCO, le reconoció su pensión de jubilación mediante la resolución No. 1377 del 2 de noviembre del 2011, efectiva a partir del 1º de junio del 2010, en cuantía de \$535.600 (SMLMV). Para dicha liquidación no se incluyó la prima vacacional ni la de navidad y menos la indexación de la primera mesada pensional.*

2º) *De conformidad con la normatividad legal (Artículo 36-2º y 151, párrafo de la ley 100 de 1993, artículos 1º de las leyes 33 y 62 de 1985) mi poderdante alcanzó su status de jubilado el día 22 de enero de 1997, cuando hizo dejación de su cargo al servicio del Departamento del Chocó, por haber completado veintidós (22) años, un (1) meses y cuatro (4) días de servicios y más de cincuenta y cinco (55) años de edad, debido a que nació el 10 de diciembre de 1940; no obstante se le reconoció la prestación pensional con salario mínimo legal mensual vigente y a partir del primero (1º de junio del 2010, es decir el valor de \$535.600).*

2º) *(sic) Como la resolución ya identificada no incluyó todos los factores de salario ni la indexación, es procedente tomar como índice de precios al consumidor, el mes de enero de 1997 (38,63) e índice final de precios, el mes anterior a la presentación de esta demanda, por estar certificado el mes de enero del 2015 (118.91). Entonces, entre la fecha de adjudicación del status de pensionada (**22 de enero de 1997 y el 31 de enero del 2015**), **transcurrió un lapso de Dieciocho (18) años y nueve (10) (sic) días.***

3º) *En el acto administrativo, se repite, no se liquidó la INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL de mi prohijado, a la cual tenía derecho, debido a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia sobre el tema. En razón de lo anterior, se hace necesario proceder a dicha liquidación, desde cuando se le reconoció el derecho hasta el mes anterior a la fecha de la sentencia a dictar, conforme a las últimas jurisprudencias del Consejo de Estado, cuyos radicados son: radicados Nos. 6735-2005 del 26 de junio del 2008, 05001233100020030071001 (2054-201) del 06 de octubre del 2011 y 27001233100020110014101 (1767-2012) del 10 de julio del 2014 y la de la Corte Constitucional SU-120 del 13 de febrero del 2003.*

4º) *Si la liquidación del ingreso base de liquidación, hubiera incluido todos los factores de salario devengados por mi poderdante, durante su último año de servicio (enero 22*

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

de 1996 a enero 22 de 1997) y la indexación desde las fechas antes anotadas, la pensión mensual vitalicia de jubilación de mi prohijado hubiera alcanzado un ingreso base de liquidación indexado de \$1.107.064; luego, el setenta y cinco (75%) hubiera sido para la última fecha anotada de \$830.298, a partir del 23 de enero de 1997; pero, como no se procedió siguiendo la línea jurisprudencial antes indicada, la pensión se liquidó con el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010, esto es, \$535.600.

5º) El Consejo de Estado, ha manifestado para casos similares, que no opera el fenómeno de CADUCIDAD DE LA ACCION. Al respecto, ha expresado: "CADUCIDAD DE LA ACCION - Inexistencia porque se trata de una solicitud de reliquidación de la pensión que se puede formular en cualquier tiempo / PENSION DE JUBILACION – Imprescriptibilidad"¹. Para la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es dable el fenómeno de la prescripción, por cuanto, la misma Corte Suprema de Justicia, en sentencia cuyos apartes más sobresalientes transcribo, expresó su improcedencia, con relación a **LA INDEXACION DEL SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE PENSIONES. "SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Imprescriptibilidad de la indexación del salario base de liquidación de pensiones"².**

6º) Para la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es dable el fenómeno de la prescripción, por cuanto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia cuyos apartes más sobresalientes transcribo, expresó su improcedencia, con relación a la INDEXACIÓN DEL SALARIO BASE DE LIQUIDACION DE PENSIONES. "SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Imprescriptibilidad de la indexación del salario base de liquidación de pensiones".

7º) Respecto del requisito de procedibilidad, consistente en la conciliación extrajudicial, el Consejo de Estado, en la sentencia de tutela del 1º de septiembre del 2009, radicado No. 11001-03-15-000-2009-00817-00 expreso que no es necesaria, por cuanto, se trata de pensiones, las cuales son derechos ciertos e indiscutibles.

8º) Con la presente demanda, se allega copia de la resolución demandada, pero en copia simple. Sin embargo, en el capítulo de pruebas solicitadas, se pide a la entidad demandada su autenticación, atendiendo el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyo texto más significativo es el siguiente: "NO SE REQUIERE APORTAR COPIA AUTENTICA DEL ACTO ACUSADO PARA LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA. Antecedentes Jurisprudenciales".

9º) Con la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección "B", del 10 de julio del 2014, radicación N° 27001233100020110014101 (1767-2012). Actora: RUTH PETRONA COPETE HINESTROZA, CONTRA CAJANAL, M. P. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, revocó la sentencia de primera instancia dictada por

¹ Consejo De Estado, sección segunda, sentencia del 29 de mayo del 2003. Radicación N° 25000-23-25-000-1998-03068-01 (2493-02. Demandada: Cajanal.

² Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, sentencia del 1º de septiembre del 2009. Radicación N° 37378. Ver Gaceta Jurisprudencial N° 198, páginas 63 y 64.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, que había negado las pretensiones de la acción, y en su lugar dispuso:

"FALLA: PRIMERO. REVÓCASE la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda formulada por RUTH PETRONA COPETE DE HINESTROZA contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL"

"En su lugar, SEGUNDO. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 10388 de 22 de agosto de 1996 y 41729 de 22 de agosto de 2006 por medio de las cuales la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, le reconoció a la demandante una pensión gracia de Jubilación y ordenó su reliquidación, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

"TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, a indexar en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia, las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante desde el 24 de octubre de 2002, lo anterior en aplicación del término trienal de prescripción previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969"

"CUARTO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A"

"QUINTO: RECONÓCESE a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, como apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 209"

"Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase".

"Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha. (Fdo) Magistrados. GERARDO ARENAS MONSALVE. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)"

10º) Mediante la resolución No. 000148 del 02 de abril del 2014, dictada por el Ministerio De agricultura y Desarrollo Rural, se le reconoció y ordenó pagar en sede administrativa la indexación de la primera mesada pensional, al **Sr. CARLOS FELIPE VELANDIA GUEVARA**, jubilado del **IDEMA**, a partir del 22 de diciembre de 1999, en cuantía inicial de **\$402.464**, que para el año 2014, ascendió a la suma de \$879.065, de acuerdo a los siguientes considerandos:

"Que en sentencia de unificación SU -1073/12 del 12 de diciembre de 2012, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, dentro de ,los expedientes T2707.711 y AC,

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras se adoptó la decisión de la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional en los casos estudiados"

"Que por lo expuesto se considera procedente por parte del Ministerio..., entrar a realizar el estudio correspondiente a efectos de establecer la viabilidad de la petición sobre indexación de la primera mesada pensional de la solicitando aplicando la fórmula matemática reiterada por las Altas Cortes definida de la siguiente manera:"

$$\frac{\text{"IPC FINAL * CAPITAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

"Donde: "IPC FINAL: Fecha de causación de la pensión (2 de diciembre de 1999)"

"IPC INICIAL: Fecha de terminación del vínculo (1 de octubre de 19997)"

"CAPITAL: Promedio mensual de lo percibido en el último año de servicio"

"Que reemplazando la anterior fórmula, con los datos del caso en estudio se obtuvieron los siguientes resultados:

<i>"TOTAL DEVENGADO 2/10/1998 – 01/10/21997 = \$7.119.766"</i>
<i>"PROMEDIO MENSUAL PERCIBIDO = \$593.314"</i>
<i>"INDEXACION = $\frac{\text{IPC FINAL * CAPITAL}}{\text{IPC INICIAL}}$"</i>
<i>"IPC FINAL = 02/12/1999 = 57,0023"</i>
<i>IPC INICIAL = 01/10/1997 = 44,0849"</i>
<i>"IBL = $\frac{57,0023 * \\$593.314}{44,0849}$ \$767.162"</i>
<i>"Que el promedio mensual devengado por el señor CARLOS FELIPE VELANDIA GUEVARA, en el último año de servicios debidamente indexado para el año 1999, equivale a la suma de \$ 767.162"</i>

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

La apoderada de la parte demandante invocó como normas violadas las siguientes:

Constitución Nacional: Artículos: 2º, Inciso final, 5º, 13, 29, 48 y 53-3º.
Ley 33 de 1985: Artículos 1º y 3º.
Ley 62 de 1985: Artículo 1º, inciso 3º.
Ley 100 de 1993: Artículos: 11, Inciso 1º, 11, 14, 21, 36-2º y 3º.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

En el concepto de la violación manifestó "(...) *El problema jurídico planteado con esta acción, consiste en determinar si la parte demandante, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores de salario devengados durante su último año de servicio como empleado público (Asignación de mensual básica, prima semestral y de navidad) y a la vez, se actualice la base salarial de su pensión, conforme al índice de precios al consumidor.*

...

*Ahora bien, siguiendo la concepción jurisprudencial de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, para liquidar la pensión de jubilación ya aludida, a favor de mi mandante Sr. RAFAEL DEDIEGO VALENCIA debió tenerse en cuenta la actualización del ingreso base de liquidación para determinar la tasa de reemplazo del setenta y cinco (75%) por ser la única forma de impedir que a mi poderdante se le obligue a percibir una pensión devaluada. El Departamento del Chocó, al contar con los dos extremos temporales, es decir, fecha de efectividad de la prestación pensional - **ENERO 22 DE 1997 Y el mes de enero del 2015.-, esto es, un transcurso de DIECIOCHO (18) AÑOS Y NUEVE (9) DÍAS;** por ende, la liquidación tenía que arrojar el siguiente resultado: \$830.298.*

*En consecuencia, como no se liquidó en forma legal la pensión de mi prohijado, ni se indexó la primera mesada pensional, a fin de obtener con este instrumento económico el restablecimiento del derecho, al valor real de la pensión, se le han violado varios derechos fundamentales a mi mandante, tales como el consagrado en el artículo 48 Constitucional, el cual expresa: "**la ley definirá los medio para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante**". También el artículo 53 supralegal señala: "**El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste de las pensiones legales**". Por último, para el mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resulta aplicable el principio "in dubio pro operario" concordante con la especial protección constitucional a las personas de la tercera (artículo 46 de la C.P.) el derecho a la igualdad (Artículo 13) y al mínimo vital, vulnerados a mi poderdante quien ha padecido el flagelo de la inflación por el término ya indicado, sin revalorización de su pensión, y más siendo una persona que ha llegado a la edad propecta (entrado en años) – 74 años), siendo dable acceder a todas las pretensiones de la demanda, por lo tanto se le debe ordenar a la parte accionada reliquidar la pensión e indexar la primera mesada pensional, partiendo del valor inicial de la prestación con todos los reajustes de ley y de esta manera se evita la constante desmejora de la pensión de jubilación del Sr. RAFAEL DEDIEGO VALENCIA".*

TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, mediante auto interlocutorio número 277 de fecha marzo Dieciséis (16) de dos mil quince (2015) (folio 30).

Las notificaciones se cumplieron a cabalidad, según obra a folios 32 y 33.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

La Entidad demandada:

EI DEPARTAMENTO DEL CHOCO no contestó la demanda.

Mediante auto interlocutorio No. 1581 del 24 de Agosto de 2015 el Juzgado Tercero Oral de Descongestión de Quibdó fijó fecha y hora para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

El día 20 de Noviembre de 2015 a las 9:00 a.m se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A tal y como consta en el acta número 251 visible a folios 44 al 46 del expediente (C.D.).

En dicha diligencia, se fijó el litigio de conformidad con el numeral 7 del artículo 180 del C.P.A.C.A. en los siguientes términos:

¿Es procedente declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 1377 del 2 de noviembre de 2011, por medio de la cual se reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación al señor RAFAEL DEDIEGO VALDERRAMA sin incluir en el ingreso base de liquidación la prima vacacional y la prima de navidad que también percibió el demandante durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado con su respectiva indexación?.

¿Se encuentra probada alguna excepción que el Despacho deba declarar dentro del proceso?.

Acto seguido se cerró el debate probatorio por considerar que existían los suficientes elementos para adoptar una decisión de fondo, por lo que se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al ministerio público para que emitiera concepto final sí a bien lo consideraba dentro del marco de sus competencia.

La parte demandante alegó de conclusión ratificándose en los hechos y las pretensiones contenidas en el libelo introductorio de la demanda.

La parte demandada no hizo uso de este derecho por cuanto no asistió a la audiencia.

El Ministerio Público no emitió concepto final por cuanto no asistió a la audiencia.

Escuchadas las alegaciones de las partes y el Ministerio público se dio por terminada la fase de alegatos y procedió a decretar una prueba de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 del CPACA y ordenó además que allegada la documentación requerida permaneciera en secretaria por el término de tres (3) días a disposición de las partes y vencido dicho término sin objeción alguna, retornara el expediente al Despacho para emitir la decisión correspondiente en este asunto.

Contra la decisión de primera instancia no se interpuso recurso alguno.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales han de verificarse previamente, por ello decimos que se encuentran satisfechos en el sub-lite, pues se cumple con las exigencias de ley en cuanto a jurisdicción y competencia del Juzgado, para conocer del asunto debatido, tanto la actora como la parte demandada, tienen capacidad para ser parte, por el hecho de ser persona natural el primero y poder disponer de sus derechos y el último nombrado, por ser persona jurídica de derecho público, así mismo gozan las partes de capacidad procesal.

Ejercieron las partes de manera idónea el derecho de postulación, por medio de apoderado.

PROBLEMA JURIDICO

¿Es procedente declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 1377 del 2 de noviembre de 2011, por medio de la cual se reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación al señor RAFAEL DEDIEGO VALDERRAMA sin incluir en el ingreso base de liquidación la prima vacacional y la prima de navidad que también percibió el demandante durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado con su respectiva indexación?.

¿Se encuentra probada alguna excepción que el Despacho deba declarar dentro del proceso?.

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho abordará el siguiente esquema conceptual: i) De lo probado en el proceso, ii) Inaplicación del contenido normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal en virtud de la cláusula de excepción contenida en el artículo 4º de la Carta Política y su extensión al procedimiento administrativo previsto en la ley 1437 de 2011, iii) el régimen pensional aplicable al actor y la indexación de la primera mesada pensional y iv) el caso concreto.

De lo probado en el proceso

Analizadas las pruebas arrumadas al plenario, el despacho encuentra probado lo siguiente:

Que el actor nació el día 10 de diciembre de 1940, por lo que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, contaba más de 53 años de edad, es decir, que era beneficiario del régimen de transición contemplado en dicha norma (ver resolución No. 1377 del 2 de noviembre de 2011 que obra a folios 19 al 22).

Que con ocasión a la prestación de sus servicios al Estado, el Departamento del Chocó ante la omisión de girar los aportes que se le descontaban al señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA por concepto de pensión procedió a través de la resolución No. 1377 del 2 de noviembre de 2011 a reconocerle al señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA una pensión

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

de vejez en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$535.600) efectiva a partir del 1 de junio de 2010 teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación el salario básico.

Que según certificación de fecha 15 de diciembre de 2015 expedida por la Profesional Universitaria del Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó el señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA durante los años 1996 y 1997 devengó además de la asignación mensual, la prima de navidad (folio 49).

Inaplicación del contenido normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal en virtud de la cláusula de excepción contenida en el artículo 4º de la Carta Política y su extensión al procedimiento administrativo previsto en la ley 1437 de 2011

Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado en providencia de fecha 2 de octubre de 2008, sostuvo:

“(…) El ordenamiento procesal administrativo actual, establece ciertas salvedades frente a su imperativo agotamiento. Tales situaciones se circunscriben a: i) los casos en que opera el silencio administrativo con relación a la primera petición, ii) como ya se mencionó, cuando contra la decisión inicial proceden únicamente los recursos de reposición o de queja, y iii) cuando en el acto respectivo no se hayan indicado los recursos procedentes contra dicha decisión; eventos en los que se habilita la posibilidad de demandabilidad directa por expresa disposición legal.

Ahora, el análisis constitucional de la preceptiva legal que establece la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, evidencia una doble finalidad en su configuración normativa, dirigida en primer lugar a favor del administrado dentro del marco jurídico-político del Estado Social de Derecho, al constituir una forma de control jurídico a la actuación de la Administración y en este sentido, la primera oportunidad para que, quien afectado por una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, busque el restablecimiento rápido y oportuno de los mismos sin tener que acudir a la vía judicial; de otra parte, es la oportunidad para que la Administración revise sus propios actos dentro del ámbito de la pretensión particular que posteriormente sería ventilada ante el Juez Administrativo, de manera que ésta pueda, en el evento en que sea procedente, modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial, en aras de rectificar sus errores, de salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa y en este sentido, contribuir con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado frente a los cuales se encuentra directamente comprometida. Lo anterior constituye una justificación objetiva y razonable frente a la exigencia legal de la vía gubernativa, igualmente concebida en los sistemas jurídicos de linaje continental como la autotutela con la que la Administración además de exteriorizar la soberanía inherente al Estado, garantiza la vigencia de la Ley en sentido positivo, en cuanto coadyuva al

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

sometimiento del acto administrativo a la voluntad del Legislador y resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido de que éstos resulten amparados bajo la misma.

Dicho trámite no es entonces, primordialmente, un presupuesto procesal de carácter restrictivo -aunque en virtud de la libertad de configuración de que goza el Legislador así se haya establecido³, sino un instrumento jurídico o mecanismo de seguridad jurídica para los ciudadanos, quienes pueden ejercer su derecho de defensa frente a la actuación administrativa que afecte sus derechos particulares y concretos; y a su vez, una herramienta efectiva para lograr el adecuado funcionamiento de la Administración, en la búsqueda de la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en el Ordenamiento Jurídico, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos.⁴

La lectura anterior, amerita una reflexión que facilite la concordancia entre la obediencia al presupuesto gubernativo y el funcionamiento y plena vigencia de los principios y derechos constitucionales, pues como se señaló inicialmente, en la práctica contencioso administrativa, la inobservancia del ejercicio obligatorio del recurso de apelación a que se reduce finalmente el agotamiento de la vía gubernativa, declina procesalmente la aspiración del administrado de ventilar el asunto en sede judicial de manera exitosa, bien por el rechazo inicial de la demanda que acaece en ausencia del mismo o bien por la resolución inhibitoria de la controversia, situación que choca frente a la realidad jurídica de derechos como la seguridad social de prevalente amparo constitucional como el discutido en el sub examine en donde la pretensión se encuentra dirigida a la realización del derecho jubilatorio de la actora, en tanto la exigencia de dicho presupuesto obstruye la vigencia del mismo en contravía de claros preceptos supralegales que imponen al Estado su garantía.

En efecto, en el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.⁵

³ Corte Constitucional. C- 742 de 1999.

⁴ Corte Constitucional. T-576-92, C-742-99 y C-319-02.

⁵ Corte Constitucional. T-528-07, T-558-97, T-299 de 1997, T-305-98, T-169-98, T-137-00, T-190-00, T-1154-00, C-130-04, C-425-05.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor, representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social.⁶

El anterior panorama, fuerza a concluir, que la exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibídem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, para el caso concreto, la eficacia del derecho prestacional de la actora, en tanto impide su definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas, exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicado atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4º Superior que impone la aplicación en rigor del ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con las disposiciones de menor jerarquía.

Así, en casos como éste en que el juez advierte un conflicto abierto frente a las normas constitucionales que imponen a las autoridades la protección -cuando hay lugar a ello- de los derechos de las personas de la tercera edad, es su deber reivindicar la supremacía del ordenamiento fundamental inaplicando la normatividad inferior por vía de la excepción de inconstitucionalidad, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico en su escala jerarquizante y de garantizar la protección de los derechos de

⁶ Artículo 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 46. —El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

las personas, toda vez que no concuerda priorizar la exigencia prevista por el Legislador que impone el deber de agotamiento de los recursos -el de apelación fundamentalmente- a título de condición para el acceso al control judicial de un acto administrativo que niega el derecho prestacional, en razón a que en esta voluntad negativa de la Administración y su correlativo control judicial, gravita la concreción del deber del Estado para proteger la vigencia de los derechos prestacionales, que desde luego no implica su necesario reconocimiento sino el análisis por parte del fallador acerca de la existencia o no de dicha garantía iusfundamental". (negrilla y subrayas del despacho).

Ahora bien, de conformidad con el precedente jurisprudencial referido, es claro para el despacho que cuando el litigio sometido a la decisión del juez esté relacionado con el derecho a la seguridad social de una persona de la tercera edad, debe inaplicarse el sistema normativo de la vía gubernativa previsto en el Código Contencioso Administrativo, lo cual también deberá hacerse extensivo al procedimiento administrativo contemplado en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA".

Descendiendo al caso sub examine, encuentra el despacho que el señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA, para la época de presentación de la demanda, esto es, el 5 de marzo de 2015, era una persona de la tercera edad, teniendo en cuenta su nacimiento el cual ocurrió el día 10 de diciembre de 1940, por lo tanto se le deberá inaplicar el sistema normativo del procedimiento administrativo en lo que respecta a los artículos 74, 76, 77, 87 y el numeral 2º del artículo 161 del CPACA y en consecuencia se procederá a estudiar el fondo del asunto.

Del Régimen Pensional aplicable al actor

En el caso bajo análisis, el actor hace consistir su inconformidad con el acto acusado en que la entidad demandada al momento de liquidarle su pensión no le tuvo en cuenta todos los factores salariales por él devengados durante el último año de servicio, esto es, 23 de enero de 1996 al 22 de enero de 1997 y además para la fecha en que le fue reconocida la citada prestación social no se le indexó el ingreso base de liquidación.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la*

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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 hiciera 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. (...)."

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, se tiene que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

En el presente asunto, se tiene que el derecho pensional del actor por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, debía ser reconocido en su integridad como lo contemplaba la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio y 55 años de edad, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Respecto a los factores que constituyen el salario con el cual se debe liquidar la pensión de jubilación reconocida bajo la égida de la ley 33 de 1985, el despacho acoge la Sentencia de Unificación de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: Luis Mario Velandia, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, en la que sostuvo:

*"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica,*

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.”

Posición ratificada en sentencia con criterio de unificación del 25 de febrero de 2016 en la cual dicha Corporación inaplicó la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional porque sus efectos no pueden extenderse para definir los procesos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en lo que corresponde a los regímenes especiales del sector público, en virtud del régimen de transición pensional, salvo el régimen de congresistas y asimilados al mismo.

Conforme lo expuesto en precedencia, es claro para el despacho que la pensión de vejez del actor debió ser reconocida en cuantía del 75% del promedio mensual de todos los factores salariales por él devengados durante el último año de servicio, esto es, asignación básica y la prima de navidad de los años 1996 y 1997.

LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

La Jurisprudencia de las altas Cortes (Corte Constitucional y Consejo de Estado)⁷, ha señalado que la indexación de la primera mesada pensional procede bajo criterios de justicia y equidad, cuando entre la fecha del retiro del trabajador y la fecha de adquisición del status por completar el último requisito, ha transcurrido un tiempo considerable, que genera pérdida del poder adquisitivo en el salario con el que se liquida la pensión.

La Corte Constitucional, en reiteración de jurisprudencia, en la Sentencia T – 697 del 06 de septiembre de 2010, manifestó lo siguiente:

"7-. La sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 declaró la exequibilidad condicionada de la expresión, "salarios devengados en el último año de servicios", contenida en el numeral 1) del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo C.S.T. y el numeral 2) del artículo 260 del C.S.T., "en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE.”

En dicha sentencia se afirmó que este reconocimiento se trata de "un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional", y que no solamente deriva de estar consagrado

⁷ Sentencia T – 697 del 06 de septiembre de 2010; sentencia T-1059 de 2007; CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"; Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; providencia del 6 de mayo de 2010; Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09); Actor: WILLIAM BOTERO LONDOÑO; Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

expresamente en el artículo 53 superior que dispone que "El Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones", sino de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.

8-. Tales enunciados normativos consisten en otros principios y derechos que abarcan todos los ámbitos del derecho, como: el Estado social de derecho⁸, la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad⁹, el derecho fundamental a la igualdad¹⁰, el derecho al mínimo vital, y a otros que rigen en materia laboral como la igualdad, el trabajo, la seguridad social¹¹ y el principio de la favorabilidad¹².

9-. De otra parte, en la sentencia se dijo que el derecho a la actualización es un derecho universal dentro de la categoría de todos los pensionados sin que se pueda excluir de este derecho a ninguna clase de pensionados, ya sea por razones derivadas del tránsito legislativo, del origen legal o convencional de la pensión, o por cualquier otra, ya que los efectos económicos de la inflación y de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, generan el mismo efecto negativo sobre todas las pensiones. Además, ello constituiría un trato discriminatorio hacia los pensionados excluidos y una vulneración de los principios anteriormente enunciados.

Dijo la sentencia:

"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

⁸ CP. "ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

⁹ CP. "ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia."

¹⁰ CP. "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

¹¹ CP. "ARTICULO 48, inciso final "(...) La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

¹²El principio *in dubio pro operario* está previsto en el artículo 53 CP y en el artículo 21 C.S. T.

CP. "ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

"Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

"El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

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 sólo 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 (sic) 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.”

10-. Esta posición jurisprudencial ya había sido adoptada por la Corte, con anterioridad a las sentencias C-862 y C-891A de 2006¹³, principalmente en la sentencia SU-120 de 2003, donde los afectados¹⁴ acudieron a la acción de tutela después de agotar todos los instrumentos ante la justicia ordinaria laboral, para impugnar decisiones judiciales que denegaban la indexación de la primera mesada pensional.

11-. Entonces, los precedentes de reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, son numerosos, incluso en relación con personas a quienes el derecho a la pensión de jubilación les fue reconocido con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Tal fue el caso en la sentencia T-098 de 2005, donde el actor se había retirado del trabajo el 27 de enero de 1974 y la pensión de jubilación le fue reconocida el 10 de diciembre de 1980. O la sentencia T-045 de 2007, donde el actor se retiró del banco con el cual trabajaba, el 20 de octubre de 1984, y la pensión de jubilación le fue reconocida mediante resolución del 27 de octubre de 1988.

13-. En la sentencia T-1059 de 2007, invocada por el demandante como precedente judicial para el caso concreto, la actora había prestado sus servicios a AVIANCA, desde el 7 de mayo de 1967, hasta el 31 de octubre de 1987, y el 21 de diciembre de 1994, cuando cumplió 50 años de edad, AVIANCA le reconoció una pensión de jubilación liquidada sin la indexación correspondiente. Entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de reconocimiento de la pensión, según el DANE, el peso había sufrido una depreciación por pérdida del poder adquisitivo de un 422.97%. En esta ocasión, la Corte concedió el derecho

¹³ En la sentencia C-891 A de 2006, se puso de presente la misma omisión legislativa relativa que en la sentencia C-862 de 2006 y se adoptó la misma fórmula de reparación pero respecto de la pensión sanción que preveía el artículo 167 del C.S.T.

¹⁴ Ellos eran tres pensionados, dos de Bancafé y uno de la Caja Agraria, a quienes les había sido reconocida la pensión de jubilación, con posterioridad a su retiro: el 12 de julio de 1995, el 16 de marzo de 1995, y el 5 de marzo de 1991, respectivamente. Al momento de su retiro devengaban, 4.7, 6.77 y 8 veces el salario mínimo legal, pero el monto de la pensión les había sido reconocido por un salario mínimo en dos de los casos y por 2.21 salarios mínimos en otro. La Sala Laboral de la C.S.J. resolvió desfavorablemente sus pretensiones y estos fallos fueron revocados y dejados sin efectos por la Corte Constitucional al resolver las acciones de tutela, ordenándose a la Sala de Casación, decidir los recursos con sujeción a los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

a la indexación de la primera mesada pensional de la actora y revocó el fallo de segunda instancia de la vía ordinaria laboral y confirmó el de primera, el cual había amparado el derecho.

A esta sentencia se referirá nuevamente la Sala más adelante, luego de hacer un sucinto resumen de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema que se debate.”

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁵, en reiteración de jurisprudencia indica lo siguiente:

“En lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional, estima la Sala 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 por qué 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.

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 autómatá, 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 el juez debe

¹⁵CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B”; Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; providencia del 6 de mayo de 2010; Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09); Actor: WILLIAM BOTERO LONDOÑO; Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL

Palacio de Justicia

i04admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

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 del juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Constitución Política¹⁶.

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 aumentado el salario mínimo.

Así mismo, en sentencia SU-120 de 13 de febrero de 2003 la Sala Plena de la Corte Constitucional expresó:

"(...) que los señores (...) mantengan el valor adquisitivo de su pensión, atendiendo los dictados constitucionales y la voluntad abstracta de las leyes laborales y de seguridad social, con miras a que los nombrados puedan disfrutar de la mesada pensional que efectivamente les corresponde¹⁷, poniendo de esta manera en

¹⁶Sentencia del 30 de enero de 2003. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-1064-01(4478-01). C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁷ Sobre la aplicación de la ley a la luz del principio de equidad puede consultarse entre otras, la Sentencia T-518 de 1998. Dice así un aparte de la providencia en mención: "(...)12. Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las

Palacio de Justicia

i04admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

vigencia un orden político, económico y social justo, en el reconocimiento de los derechos ciertos de los tutelantes pensionados –Preámbulo, artículos 2 y 230 C.P.-¹⁸.

2. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, i) desde 1982 ha venido sosteniendo que la indexación de las prestaciones económicas debe ordenarse a favor del trabajador por razones de justicia y equidad, ii) en reciente decisión sostuvo que dichas razones no desaparecen cuando los trabajadores adquieren la calidad de pensionados, así no estén subordinados, y iii) en varias ocasiones ha considerado que no existe razón válida para negar la indexación de la primera mesada pensional a quienes adquieren el derecho a la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁹.

Así las cosas, queda claro que por vía jurisprudencial y Constitucional, es procedente la indexación del ingreso base de liquidación de las pensiones, cuando entre la fecha de retiro del servicio y la fecha en que se completan los requisitos pensionales ha transcurrido un tiempo razonable que afecta el ingreso base por efectos de la inflación positiva que registra la economía colombiana, o que entre la fecha del cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho pensional y el reconocimiento de éste transcurrió más de un (1) año.

El caso concreto

Del análisis minucioso del acto enjuiciado, encuentra el despacho que la entidad demandada al reconocerle la pensión de vejez al actor desconoció el régimen pensional que le era aplicable, pues no aplicó en su integridad la ley 33 de 1985 ni la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 a la cual se hizo referencia ut supra, dado que al establecer el ingreso base de liquidación no tuvo en cuenta el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio, esto es, la asignación básica y la prima de navidad del 23 de enero de 1996 al 22 de enero de 1997 y además por cuanto que le fue reconocida a partir del 1 de junio del 2010 cuando debió ser, desde el 23 de enero de 2007 día siguiente al retiro definitivo del servicio del señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA.

Teniendo en cuenta lo anterior, estima el despacho que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución No. 1377 del 2 de noviembre de

partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre las distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto.”

¹⁸ Gonzalo Humberto Pachón Guevara fue pensionado por el Banco Cafetero con un salario mínimo, atendiendo a la circunstancia de que no podía devengar una suma inferior, pero en 1986, cuando terminó su vinculación laboral, devengaba 4.7 salarios mínimos. Lucrecia Vivas de Maya, a tiempo de su retiro –1991- devengaba 6.77 salarios mínimos legales en promedio y le fue reconocida una mesada pensional de 2.21 salarios. Carlos Hernán Romero Perico devengaba en promedio 8.62 salarios mínimos legales mensuales en promedio en 1979 y fue pensionado con un salario mínimo, con el objeto de no infringir la ley que dispone que no se pagan mesadas pensionales inferiores al salario mínimo legal.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de julio 27 de 2001, M.P. Francisco Escobar Henríquez, expediente 15.696.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

2011, lo que impone su declaratoria parcial de nulidad, respecto del monto del ingreso base de liquidación de la pensión y la fecha de efectividad de la misma.

Como consecuencia de lo expuesto en precedencia, se le ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez reconocida al actor teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación el 75% del promedio mensual de todos los factores salariales por él devengados durante el último año de servicio, del 23 de enero de 1996 al 22 de enero de 1997, esto es, asignación básica y prima de navidad²⁰ y con efectividad a partir del 23 de enero de 1997 día siguiente al retiro del servicio.

Igualmente se ordenará que la entidad demandada pague al señor RAFAEL DEDIEGO VALENCIA el mayor valor de las mesadas pensionales no pagadas, resultante de la diferencia entre las mesadas pensionales de la reliquidación y las mesadas pensionales reconocidas y pagadas a partir de la fecha en que le fue reconocida la citada prestación social y hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la reliquidación aquí ordenada.

Las sumas causadas y a reconocer serán indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, **previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde a la demandante en calidad de pensionada**, y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF a partir de su ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Además como el demandante debió cotizar por todos los factores que integran el salario base de liquidación de la pensión; si la entidad al reliquidar la pensión, cuya orden se impartirá en la presente providencia, encuentra que en virtud de la misma se deben incluir factores salariales sobre los cuales no realizó los respectivos aportes que por ley le correspondían, se deberá liquidar éstos en la proporción que correspondía a la actora en su calidad de empleada oficial, sobre los mencionados factores salariales abarcando todo lo devengado por dichos aportes durante la vigencia de la relación laboral, sumas que se descontarán del retroactivo pensional a pagar y/o de las mesadas pensionales a pagar a futuro, hasta que se complete el monto debido; sin que el descuento mensual supere la quinta parte de la mesada pensional.

De otro lado, se tiene que del análisis de las pruebas arrumadas al plenario igualmente es dable inferir que al actor se le reconoció y pago una pensión de vejez con un ingreso base de liquidación devaluado, pues entre la fecha de retiro del servicio, esto es, 22 de enero de 1997 y el reconocimiento de la citada prestación social, 02 de noviembre de 2011, transcurrieron catorce (14) años, nueve (9) meses y diez (10) días.

En ese orden considera el despacho que por razones de justicia y equidad, y ante el hecho notorio de la permanente devaluación de la moneda, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, es procedente ordenar la indexación de la base

²⁰ Ver expediente administrativo pensional

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

salarial de liquidación pensional, la cual será actualizada teniendo en cuenta la fórmula que a continuación se indica:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) es decir, el IBL o valor actualizado se determina multiplicando el valor histórico, que es el promedio de lo devengado por el demandante en el último año de servicio (23 de enero de 1996 y el 22 de enero de 1997) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha a partir de la cual fue reconocida su pensión, esto es, el 02 de noviembre de 2011, por el índice inicial de precios al consumidor vigente a la fecha del retiro definitivo del servicio, en este caso, 22 de enero de 1997.

Actualizada la base de la pensión de jubilación, se procederá a actualizar las sumas que resulten a favor del actor por concepto de la prestación que aquí se reconoce, entre el 2 de noviembre de 2011 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente dirá el despacho que no hay lugar a declarar de oficio la prescripción de las diferencias pensionales que surjan con ocasión a la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta que el derecho del señor DEDIEGO VALENCIA a la citada reliquidación surgió una vez le fue reconocida la pensión de jubilación, esto es, el 2 de noviembre de 2011 y como quiera que el día 20 de marzo de 2013 presentó ante la entidad demandada reclamación administrativa a fin de obtenerla, es claro que interrumpió los términos prescriptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el decreto 1848 de 1969 reglamentario del decreto 3135 de 1968.

No corre la misma surte, las diferencias que resulten de lo pagado y lo que se debió pagar con ocasión a la indexación del ingreso base de liquidación, lo cual se cancelará a partir del **5 de marzo de 2012**, por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal, por cuanto desde la fecha en que le fue reconocida la pensión de jubilación del actor, esto es, el 2 de noviembre de 2011 y la fecha de presentación de la demanda -5 de marzo de 2015- transcurrieron más de los tres (3) años con los que contaba el señor DEDIEGO VALENCIA para reclamar vía administrativa y/o judicial tal pretensión. Ello por cuanto la petición de fecha 20 de marzo de 2013 no suspendió los términos prescriptivos dado que la indexación no fue objeto de dicha solicitud, por lo que se declarará probada de oficio tal excepción.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – ley 1437 de 2011, instituye un régimen objetivo de condena en costas, que impone al juez contencioso la determinación de las mismas de conformidad con el marco normativo definido en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo como ésta disposición normativa para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa quedó derogada

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

desde el 1 de enero de 2014, se tendrá en cuenta para tales efectos, lo dispuesto en el Código General del Proceso.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el artículo 3º del Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, se fijan las agencias en derecho- primera instancia- en la suma equivalente a SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$644.000) las cuales deberán ser pagadas por la parte demandada, por haber sido vencida en el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Quibdó, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLIQUESE para el caso concreto el sistema normativo del procedimiento administrativo en lo que respecta a los artículos 74, 76, 77, 87 y el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, es decir, la interposición y decisión del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para demandar ante esta jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la resolución No. 1377 del 2 de noviembre de 2011 a través de la cual el Departamento del Chocó reconoció y ordenó pagar al actor una pensión de vejez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENASE al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO** a reliquidar la pensión de vejez a favor del demandante **RAFAEL DEDIEGO VALENCIA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 4.792.227 de Quibdó, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual devengado por el actor durante el último año de servicio (**23 de enero de 1996 al 22 de enero de 1997**), teniendo en cuenta como factores salariales, además de la Asignación básica, la prima de navidad²¹ y efectiva a partir del 23 de enero de 1997 día siguiente al retiro definitivo del servicio.

CUARTO: CONDÉNESE al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO** a pagar al demandante **RAFAEL DEDIEGO VALENCIA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 4.792.227 de Quibdó, los mayores valores no pagados, resultante de la diferencia entre las mesadas pensionales de la reliquidación y las mesadas pensionales reconocidas y pagadas a partir de la fecha en que le fue reconocida la citada prestación social y hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la reliquidación aquí ordenada.

QUINTO: Las sumas causadas y a reconocer serán indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, **previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde a la demandante en calidad de pensionada**, y de ahí en adelante el total acumulado y

²¹ Las sumas de pago mensual, se tendrá en cuenta el valor mensual y las de pago anual la correspondiente doceava (1/12)

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF a partir de su ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

SEXTO: El **DEPARTAMENTO DEL CHOCO** si al reliquidar la pensión, cuya orden se imparte en esta providencia, encuentra que en virtud de la misma se deben incluir factores salariales sobre los cuales no realizó los respectivos aportes que por ley le correspondían, se deberá liquidar éstos en la proporción que correspondía a la actora en su calidad de empleada oficial, sobre los mencionados factores salariales abarcando todo lo devengado por dichos aportes durante la vigencia de la relación laboral, sumas que se descontarán del retroactivo pensional a pagar y/o de las mesadas pensionales a pagar a futuro, hasta que se complete el monto debido; sin que el descuento mensual supere la quinta parte de la mesada pensional.

SEPTIMO: ORDENASE al DEPARTAMENTO DEL CHOCO actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación del señor **RAFAEL DEDIEGO VALENCIA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 4.792.227 de Quibdó, teniendo en cuenta la fórmula que a continuación se indica:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) es decir, el IBL o valor actualizado se determina multiplicando el valor histórico, que es el promedio de lo devengado por el demandante en el último año de servicio (23 de enero de 1996 y el 22 de enero de 1997) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha a partir de la cual fue reconocida su pensión, esto es, el 02 de noviembre de 2011, por el índice inicial de precios al consumidor vigente a la fecha del retiro definitivo del servicio, en este caso, 22 de enero de 1997.

Actualizada la base de la pensión de jubilación, se procederá a actualizar las sumas que resulten a favor del actor por concepto de la prestación que aquí se reconoce, entre el 2 de noviembre de 2011 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

OCTAVO: CONDENASE al DEPARTAMENTO DEL CHOCO, a pagar al señor **RAFAEL DEDIEGO VALENCIA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 4.792.227 de Quibdó, la diferencia que resulte de lo pagado y lo que se debió pagar con ocasión a la indexación del ingreso base de liquidación, a partir del 5 de marzo de 2012, por el fenómeno de la prescripción trienal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOVENO: DECLARESE probada de oficio la excepción de prescripción respecto de las diferencias que surjan con ocasión a la indexación del ingreso base de liquidación ordenada, a partir del 5 de marzo de 2012, por lo expuesto en la parte motiva.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

DECIMO: CONDENESE en costas al DEPARTAMENTO DEL CHOCO, las cuales serán liquidadas por secretaria y para tal efecto debe seguirse el procedimiento establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

DECIMO PRIMERO: FIJENSEN como agencias en derecho la suma equivalente a **SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$644.000)**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO SEGUNDO: La entidad demandada dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del CPACA. Para su cumplimiento, expídase copia auténtica de la sentencia, con constancia de ejecutoria, al demandante, al Ministerio Público y al DEPARTAMENTO DEL CHOCO; conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y ss de CPACA, 114 del C.G.P y 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

DECIMO TERCERO: En firme esta providencia, archívese y cancélese su radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DUNNIA MADYURI ZAPATA MACHADO
Jueza