



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RODRÍGO RAFAEL LÓPEZ MIELES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00248-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del extremo demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 7 de febrero de 2019¹, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: DESESTIMENSE las pretensiones de la demanda de acuerdo a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación, en firme esta providencia, archívese el expediente.

TERCERO: Devuélvase a la parte demandante el saldo de los gastos ordinarios del proceso si los hubiere.

CUARTO: Sin costas en esta instancia (...)².

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“DECLARACIONES:

1.0.- Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos, proferidos por ISS y el hoy COLPENSIONES:

1.1.- Resolución N° 2646 del 04 de junio de 2012, por la cual el ISS hoy COLPENSIONES niega reliquidar la mesada solicitada por el actor el 06 de

¹ Folio 191 a 205 del expediente.

² Folio 205 del expediente.

³ Folio 25 a 39 del expediente.

marzo de 2012, concediendo los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

1.3.- Resolución N° GNR 12799 del 16 de enero de 2014, por la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de reposición interpuesto contra Resolución N° 2646 del 04 de junio de 2012.

1.4.- Resolución N° VPB 73002 del 02 de diciembre de 2015, por la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de Apelación contra Resolución N° 2646 del 04 de junio de 2012.

1.5.- Resolución N° GNR 129340 del 02 de mayo de 2016, por la cual COLPENSIONES niega la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del actor presenta el 8 de febrero de 2016, bajo el radicado 2016 1229893, concede los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

1.6.- Resolución N° VPB 32500 del 16 de agosto de 2016, por la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación presentado contra la Resolución N° GNR 129340 del 02 de mayo de 2016.

1.7.- Que se declare la Nulidad del radicado BZ2016 8889402 1954334 del día 04 de agosto de 2016, con el cual se dio respuesta a la petición con Radicado 2016 8889402 del 04 de agosto 2016, en el sentido de reconocer y pagar a favor del actor el incremento del 14% sobre el salario mínimo legal mensual por tener a cargo su compañera CARMEN CLARA RIAÑO BAUTE.

CONDENAS:

2.0.- Que como consecuencia de las declaraciones formuladas se disponga a título de restablecimiento del derecho, esto es, se condene a la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a:

2.1.- Efectuar la reliquidación de la mesada pensional, a expensas de la demandada, y a favor de mi representado, de conformidad de los artículos 12 y 20 parágrafos 1 y 2 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Gobierno Nacional por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el inciso 2 artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para su cálculo, el promedio de factores devengados por todo concepto (Asignación Básica, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Vacaciones y Vacaciones, Prima de Servicios y Prima de Navidad y demás emolumentos que se hubieren percibido), durante las últimas 100 semanas, pensión que ha de reconocerse en cuantía mensual no inferior a \$4.336.163, efectiva a partir del 6 de marzo de 2008, en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad.

2.2.- Que se ordene a partir del 6 de marzo de 2008, aplicar los reajustes previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la cuantía pretendida no inferior a \$4.336.163.

2.3.- Que se ordene deducir de la suma así reliquidada, los valores que por este concepto se hubieren pagado desde el 6 de marzo de 2008 hasta saldar la obligación.

2.4.- Que se ordene pagar a expensas de la entidad demandada y a favor de mi representado, las diferencias entre el valor correcto de la mesada

que se determine a pagar en la sentencia, que ordene el cálculo de la pensión en los términos de la pretensión primera de este acápite, y lo que se ha venido cancelando en razón de los actos iniciales de reconocimiento pensional, diferencias calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$4.336.163, efectiva a partir del 6 de marzo de 2008.

2.5.- Que se condene a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2.6.- Condenar a la entidad demandada, a pagar diferencias que resulten entre las mesadas reliquidada menos las mesadas pagadas, y a pagar la indexación sobre los mayores valores liquidados, conforme con el índice de precios al consumidor, aplicando la fórmula, generalmente aceptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado.

$$R = RH \times \text{Índice final} / \text{Índice Inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el señor RODRIGO RAFAEL LOPEZ MIELES, desde el día 06 de marzo de 2012, por el guarismo que resulta de dividir el IPC Final entre el IPC inicial, mes a mes, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado.

2.7.- Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del demandante el incremento pensional del 14% sobre el salario mínimo legal por tener a su cargo su compañera permanente, CARMEN CLARA RIAÑO BAUTE, a partir de causación y hasta cuando subsistan las causas que le originan (...)”⁴.

1.2. ASPECTO FÁCTICO⁵

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

El señor RODRIGO RAFAEL LÓPEZ MIELES adquirió su estatus pensional el 8 de febrero de 2003 y para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años, razón por la cual es beneficiario del Régimen de Transición.

Manifiesta el apoderado del demandante que mediante la resolución No. 2491 del 9 de octubre de 2007, el Instituto de Seguros Sociales (ISS), reconoció la pensión de vejez al señor López Mieles.

Esboza que el 6 de marzo de 2012 solicitó al ISS la reliquidación de la pensión de jubilación y mediante Resolución N° 2646 del 4 de junio de 2012 niega dicha petición, posteriormente, el actor presenta recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión, que más adelante fue resuelto por COLPENSIONES confirmando la Resolución en cada una de sus partes.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 7 de febrero de 2019⁶, negó las pretensiones de la demanda.

⁴ Folio 2 a 3 del expediente.

⁵ Folio 3 a 6 del expediente.

⁶ Folio 191 a 205 del expediente.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Se concluye que la citada norma enlista en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, negando la oportunidad de incluir aquellos factores devengados por el trabajador sobre los cuales no realizaba aporte alguno al sistema general de pensiones.

Teniendo en cuenta que el Sistema General de Pensiones Prevé la base de liquidación de conformidad a los aportes realizados al sistema, en el presente caso, una vez analizados los antecedentes administrativos que obran como pruebas en el plenario, se constató que al demandante Rodrigo Rafael López Mieles, no se le realizaron deducciones de aportes sobre los factores salariales que pretende le sean reconocidos mediante providencia judicial, razón por la cual no resulta procedente acceder a dicha petición.

De otro lado, al analizar tanto el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez a la parte actora, como el que negó la reliquidación de la misma (actos acusados), precisa el Despacho, que para liquidar el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta el promedio de los salarios devengados por la parte actora durante los últimos 10 años, razón por la cual al estar en consonancia con la reciente sentencia de unificación de la Corte Constitucional, es evidente que estos se encuentran ajustados a derecho, no pudiéndose acceder a las pretensiones invocadas en la demanda.

Por último, respecto del incremento del 14% sobre el salario mínimo legal del actor por tener a su cargo su compañera permanente Carmen Clara Riaño Baute, el despacho atiende la misma posición contenida en las Sentencias SU 230 de 2015 y SU 023 del 2018 de la Corte Constitucional, en el sentido que no es posible extender los factores ni mucho menos a otras prestaciones como es lo pretendido, por lo que esa pretensión tampoco tiene vocación a prosperar (...)”⁷.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁸

En síntesis, el apoderado del demandante estima que la decisión de instancia ha de ser revocada, debido a que esta contradice el ordenamiento jurídico, en cuanto el Despacho omite hacer la liquidación de la pensión, pues no se observa en parte alguna del fallo las operaciones aritméticas para determinar cuál de las dos alternativas que establece el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le es aplicable al señor López Mieles.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 22 de mayo de 2019⁹, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 12 de junio de 2019¹⁰, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

⁷ Folio 204 del expediente.

⁸ Folio 212 a 2015 del expediente.

⁹ Folio 220 del expediente.

¹⁰ Folio 223 del expediente.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 7 de febrero de 2019.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada del siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo Oral de Valledupar, debe ser revocada la decisión adoptada por el Despacho de instancia, de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante en el sentido que debió tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión, todo lo percibido durante el último año de servicios.

De comprobarse su afirmación, será lo procedente revocar la decisión adoptada en primera instancia y ordenar la reliquidación de la pensión del actor. De lo contrario, se confirmará el fallo con la consecuente desestimación de las pretensiones.

Se precisa además que el caso será estudiado a la luz de la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el pasado 28 de agosto de 2018.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

El 9 de octubre de 2007, mediante resolución No. 2491, el Instituto de Seguros Sociales, reconoció la pensión de vejez al señor Rodrigo López Mieles¹¹.

El 6 de marzo de 2012, el hoy demandante solicitó mediante petición escrita al ISS¹² que fuera reliquidada la pensión de jubilación que le fue reconocida y mediante Resolución N° 2646 4 de junio de 2012 dicha solicitud fue negada¹³.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, el Decreto 546 de 1971.

Con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio Nacional con el fin de garantizar,

¹¹ Folio 23 al 25 del expediente

¹² Folio 26 a 29 del expediente.

¹³ Folio 30 del expediente.

con amplia cobertura, a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte¹⁴. Con dicha implementación, el legislador quiso proteger a dos grandes grupos de personas que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores, regímenes que quedarían insubsistentes ante la entrada en vigencia del nuevo sistema¹⁵.

El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos derechos, garantías o beneficios adquiridos y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general¹⁶.

El segundo grupo de personas al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba próximo a adquirir el derecho a la pensión conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La disposición contenida en dicho artículo vino a ser conocida como el régimen de transición, un mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero estaban próximos a cumplir los requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

La Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2008, analizó la vigencia de la Ley 33 de 1985, regulatoria del régimen general de pensiones para servidores públicos, y consideró que esta “rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición (...)”¹⁷.

En efecto, el Decreto 546 de 1971 aún produce efectos por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

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

¹⁴ La fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones fue el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha (Ley 100/93, art. 151).

¹⁵ La derogatoria orgánica de una norma se encuentra prevista en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que dice: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

¹⁶ Léase el artículo 11 de la Ley.

¹⁷ En este caso la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985, porque a juicio de las demandantes se violaba el artículo 13 constitucional al igualar la edad de jubilación de empleados y empleadas oficiales. M.P. Humberto Sierra Porto.

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 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”.

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

En el caso bajo estudio, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se tiene que el señor LÓPEZ MIELES nació el 8 de febrero de 1943, por lo que es claro que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años, siendo entonces beneficiario del llamado régimen de transición.

Ahora bien, la Sala estima que el análisis de la procedencia de la reliquidación solicitada por la actora, pasa por el estudio de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en Sentencia del pasado 28 de agosto de 2018, de la que se hablará a continuación.

2.4.1.- SOBRE LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 28 DE AGOSTO DE 2018 PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO

Traer a colación esta providencia, resulta fundamental para la resolución del presente caso, en tanto se refirió específicamente al tema de los factores que han de ser incluidos en la liquidación de las pensiones y al Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.).

El pronunciamiento hace un breve recuento normativo y de las posiciones adoptadas por las diversas Salas que conforman el Consejo de Estado, para sentar una posición en lo referente a algunos de los aspectos más básicos del reconocimiento y liquidación de las pensiones oficiales en Colombia. Veamos:

En la providencia se plantea que efectivamente existe una suerte de controversia en lo que se refiere al Ingreso Base de Liquidación, precisando que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que 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. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

Luego de hacerse una serie de precisiones sobre el alcance del llamado “régimen de transición”, se arriba a la conclusión que el Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte de dicho régimen para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985. En ese sentido, se establecen dos subreglas:

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

En la Sentencia, se estimó que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

En ese sentido, se advirtió que el contenido de la Sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 donde se estimó que la enumeración de factores en la norma era de carácter meramente enunciativo va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, advirtiendo además que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en

acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia¹⁸.

2.4.2.- SOBRE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA

El H. Consejo de Estado ha advertido en diversas oportunidades, que si bien no existe norma expresa que consagre la actualización de las sumas derivadas de una pensión, diferente al reajuste anual de las mesadas, 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 porqué soportar las consecuencias negativas de dicha situación, al recibir sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario o de la pensión.

En este sentido, la H. Corte Constitucional estableció el derecho a indexar la primera mesada pensional respecto de las prestaciones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Así discurrió la Corte:

“(…) 2.4.2. La indexación de la primera mesada pensional y su regulación antes de la Constitución de 1991

Del recuento anterior se observa que el legislador ha previsto la manera de actualizar la mesada de quien ha adquirido el derecho a la pensión al momento de encontrarse laborando. Sin embargo, el problema de la indexación de la primera mesada pensional surge en razón de la inexistencia de una norma que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento pensional es hecho en forma posterior.

(…)

2.4.2.1. En efecto, la Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia, desde 1982 hasta el 18 de abril de 1999, acogió la fórmula de la indexación de la primera mesada pensional como mecanismo para garantizar el poder adquisitivo de estas pensiones ante el fenómeno de la inflación. En estos términos, en la decisión del 8 de agosto de 1982, la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró:

{ii) La indexación laboral

El derecho laboral es sin duda alguna uno de los campos jurídicos en los cuales adquiere primordial importancia la consideración de los problemas de equidad, humanos y sociales, que surgen de la inflación galopante. No puede olvidarse que del trabajo depende la subsistencia y la realización de los seres humanos, y que el derecho laboral tiene un contenido específicamente económico, en cuanto regula jurídicamente las relaciones de los principales factores de producción –el trabajo, el capital y la empresa–, afectados directamente por la inflación. Sin embargo, justo es confesar que la estimulación de este grave problema, por la ley por la doctrina y por la jurisprudencia de Colombia ha sido mínima por no decir inexistente o nula. Se reduciría al hecho de que, en la práctica el salario mínimo se reajusta periódicamente, como es de elemental justicia, teniendo en cuenta el alza en el costo de la vida, aunque no de manera obligatoria, proporcionada o automática. Y a que, como es sabido, las

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01

pensiones de jubilación o de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, se reajustan por mandato de la ley teniendo en cuenta esos aumentos en el salario mínimo (Leyes 10 de 1972 y 4° de 1976) (...)”¹⁹.

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudio el asunto en comento desde la siguiente óptica:

“(…) toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

De suerte que, para los fines de hallar el verdadero poder adquisitivo de la primigenia mesada pensional, la vigencia de la disposición legal con que se liquidó y calculó la pensión de jubilación del demandante, para el caso el Decreto 2701 de 1988, no tiene la transcendencia que le imprime el censor, si se tiene en cuenta que lo que persigue -la indexación-, no es aumentar o incrementar el ingreso base de liquidación de la prestación pensional, sino mantener su valor real (...)”²⁰.

A su turno, el H. Consejo de Estado precisó:

“(…) Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto directo del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a quo en sentido de ordenar la actualización del promedio devengado por el actor en el último año de servicios laborado con anterioridad a la consolidación de su status jurídico de pensionado hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión (...)”²¹.

En el mismo sentido se pronunció la Subsección B, en los siguientes términos:

¹⁹ Sentencia SU-1073/12.

²⁰ Sentencia SL2515-2017 del 15 de febrero de 2017.

²¹ Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de junio de 2000. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

“(…) La Sala considera que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y, las consecuencias negativas derivadas de tal circunstancia, concretadas en el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse, por concepto de mesada, una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario ordenar el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (…)”²².

De conformidad con lo citado en precedencia, es evidente que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de la pensión, la jurisprudencia de las altas cortes ha sido pacífica en determinar que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario, son hechos notorios que el servidor no está obligado a soportar y que, por tal razón, tiene derecho a que su prestación sea indexada con el fin de no ver transgredidos sus derechos fundamentales y, en tal virtud, debe darse aplicación a la fórmula adoptada por cada una de ellas para que la pensión garantice su poder adquisitivo.

Hechas estas precisiones, se procederá con el estudio del caso concreto.

2.5.- SOBRE EL CASO CONCRETO

Rememora la Sala que el presente proceso tiene como origen la solicitud de reliquidación elevada por el Sr. RODRIGO LÓPEZ MIELES de la primera mesada pensional reconocida a su favor por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) el 9 de octubre de 2007.

En síntesis, la parte demandante aduce que en el acto de reconocimiento y liquidación de su pensión, debió incluirse solo el último año de servicios y todo lo devengado en ese lapso.

De las pruebas obrantes en el plenario, se tiene:

El 9 de octubre de 2007, mediante resolución No. 2491, el Instituto de Seguros Sociales, reconoció la pensión de vejez al señor Rodrigo López Mieles²³.

El 6 de marzo de 2012, el hoy demandante solicitó mediante petición escrita al ISS²⁴ que fuera reliquidada la pensión de jubilación que le fue reconocida y mediante Resolución N° 2646 de 4 de junio de 2012 dicha solicitud fue negada.

Ahora bien, del acto de reconocimiento pensional, se sabe que al hoy demandante le fue reconocida una pensión de vejez conforme al régimen de transición previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, aplicando por ello lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta el salario devengado durante los últimos diez años²⁵.

A la luz de la providencia de unificación ya referenciada, el examen de la procedencia de la reliquidación no puede obedecer simplemente a la verificación

²² Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 10 de julio de 2014. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

²³ Folio 23 al 25 del expediente

²⁴ Folio 26 a 29 del expediente.

²⁵ Véase el folio 58 a 61 del expediente.

del contenido de la certificación de factores que usualmente es aportada con la demanda y en otras oportunidades es recaudada a través del proceso, pues ello debe contraponerse con los factores establecidos por la normatividad aplicable al caso, en el entendido que debe cumplirse con dos condiciones, a saber: (i) que haya cotizado efectivamente sobre dicho factor; y (ii) que este se encuentre enlistado en la Ley.

En el caso bajo estudio, no existe prueba que el demandante haya efectivamente cotizado con respecto a los emolumentos que enuncia en su escrito de demanda, por lo que no es dable reconocer su procedencia; de otra parte, según se concluyó en líneas pasadas, la liquidación de la mesada pensional debía realizarse con base en los últimos 10 años de ingresos, toda vez que la actora le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho a la pensión al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que tampoco procedía la reliquidación en ese sentido.

Sea del caso precisar además que en la demanda, la parte actora hace referencia a la reliquidación de la *primera mesada pensional*, sin embargo, toda la argumentación y fundamentación de su medio de control, va dirigida a la reliquidación de la pensión en razón a los factores que fueron incluidos en dicho reconocimiento, reliquidación que no resulta procedente, tal como se concluyó en líneas pasadas.

Aun así, en gracia de discusión y con el fin de salvaguardar su derecho de acción y abarcar todos los argumentos expuestos, no se avizora de las pruebas obrantes en el plenario, que existiere un lapso sustancial entre el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la hoy demandante y el pago de la primera de las mesadas, que amerite la reliquidación en razón a la pérdida del poder adquisitivo de dichos recursos, por lo que tampoco es dable hacer un reconocimiento en tal sentido.

Por lo anterior, al haber fallado el actor en su intento por demostrar la ilegalidad del acto demandado; o mejor, al haber alcanzado la Sala el convencimiento necesario para ratificar la legalidad del mismo, se llega indefectiblemente a la conclusión que las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas.

3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP²⁶, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁷.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por

²⁶ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

²⁷ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”²⁸.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

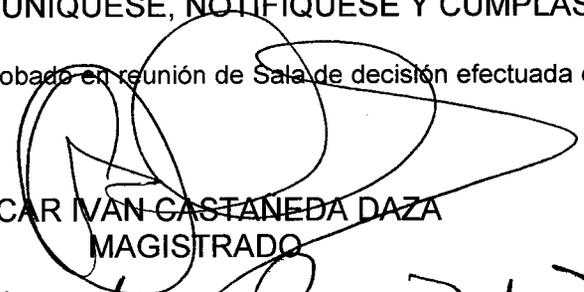
PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

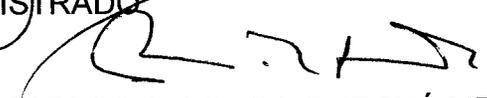
TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 114.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

²⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.