



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

09 DIC. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-0044700
Demandante: GUSTAVO IDELFONSO JIMÉNEZ
Demandado: UGPP
Tema: Reliquidación pensional – Régimen de Transición Ley 33 de 1985
Sentencia: 224

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 3 de diciembre de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO IDELFONSO JIMÉNEZ actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 13 de diciembre de 2017 (f.24), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Que se declare nulidad de la Resolución RDP 030304 del 27 de julio de 2017, por la cual niega la reliquidación de la pensión de vejez postmortem y la indexación de la primera mesada pensional y la nulidad de la Resolución RDP 038557 del 10 de octubre de 2017 que confirmó la anterior decisión.
2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones a título de restablecimiento, condenar a UGPP a reliquidar la pensión de la accionante con el 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, tales como sueldo, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, horas extras, dominicales y festivos, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio de transporte e indexando la primera mesada pensional.
3. Ordenar a la entidad demandada pagar las diferencias desde lo que se viene pagando hasta lo dispuesto por la sentencia, debidamente indexados conforme con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE.
4. Se ordene a la entidad demandada el pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia.
5. Que se decrete la prescripción de los aportes por el no pago oportuno por parte del empleador y el no cobro oportuno por parte del recaudador o en su defecto se decrete el pago de los aportes por el término de liquidación y pago sea por los tres últimos años.
6. Se ordene la no aplicación del acta 1362 del 20 de abril de 2017 de la UGPP para efectos de liquidación e indexación de los aportes.

NORMAS VIOLADAS, el demandante invocó el artículo 48 Constitucional, artículo del Decreto 3135 de 1968, artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, Decreto 1042 de 1978, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, ley 33 y 62 de 1985, Decreto 1158 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN: El demandante indicó que su cónyuge, señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, era beneficiaria de la Ley 33 y 62 de 1985, por lo que se debe reliquidar su pensión de vejez con inclusión de todos los factores que constituyen salario y que fueron devengados en el último año de servicios. Así mismo, manifestó que se debe aplicar la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010 y no la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en razón a que adquirió su status antes de la expedición de dicha sentencia, por lo que tiene un derecho adquirido conforme el artículo 48 de la Constitución Política.

Hace alusión a jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionado con la actualización de las pensiones a fin de proteger el poder adquisitivo, lo cual se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas.

Finalmente, manifiesta que la entidad demandada, durante el tiempo de servicios del demandante, debió hacer las deducciones por aportes que no había hecho el trabajador, por lo que se debe aplicar la prescripción, por haber transcurrido más de 3 años desde la fecha de retiro del servicio sin que el ente encargado del recaudo iniciara alguna acción de cobro conforme el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. Ahora bien, informó que en caso que dichos aportes se tomen como una contribución parafiscal, se aplique la prescripción de 5 años conforme los establece el Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989 (f 17vto-22vto).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado la entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por cuanto al ser el demandante beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se le reconoció la pensión con el 75% del promedio de los salarios señalados en el Decreto 1158 de 1994 y devengados en el tiempo que le hacía falta para adquirir el status pensional, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 y sin incluir otros factores que afecten el principio de sostenibilidad financiera (Fl. 60 a 67).

AUDIENCIA INICIAL

El 3 de diciembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedó consignado en el audio y acta de la diligencia (f.74-76).

DEMANDANTE:

La demandante se le reconoció pensión mediante Resolución 1231 de 1996, la cual hace constar que trabajo desde el 16 de julio 67 al 31 diciembre 1993, es decir antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, ya tenía 15 años de servicios, siendo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, razón por la cual es aplicable el Decreto 3135 de 1968, artículo 73 del Decreto 1848 de 1979 y el artículo 45 de 1045 de 1978.

De otro parte, solicita tener en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se ha establecido que con el solo tiempo de servicios se tiene derecho

a la pensión, puesto que la edad solo es un requisito para que se le expida el acto administrativo y se pueda cobrar la pensión.

Menciona que la Resolución 1231 de 1996 informa que la causante de la pensión adquirió el status el 19 julio de 1995, por tanto tiene un derecho adquirido antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política, que trae de forma expresa que en materia pensional se respeta el derechos adquiridos. Por tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado al ser posteriores a la adquisición del derecho de la causante de la pensión del actor, se deben respetar los derechos ya adquiridos.

Señala que mediante las sentencias C258/2013 y C168/995 ordena a los jueces que deben estudiar los casos de forma particular, por lo que la Sentencia de Unificación del 28 de agosto del Consejo de Estado adolece de una mala interpretación que ordena que debe aplicar dicha providencia de manera retrospectiva, siendo que este último fue un complemento de la retroactividad de la Ley, la cual está prohibida, siendo aplicable solamente para beneficiar al sindicado en materia penal conforme el artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual solicito al despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

DEMANDADO:

Indicó que la causante de la pensión del actor, es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por haber adquirido su status pensional en el año 1995, por lo que de conformidad con lo sostenido la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427-16, SU396-2017 y SU 023/2018, se debe respetar la edad y el monto del régimen de transición excluyendo el IBL, criterio confirmado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018.

En cuanto a la indexación de la primera mesada, no se encuentra probado que haya una pérdida significativa del poder adquisitivo de la pensión.

SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta terminar las consideraciones se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

II. CONSIDERACIONES

1.- Tesis del demandante

El apoderado de la parte actora consideró que el señor Gustavo Idelfonso Jiménez se le debe reliquidar su pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios por parte de su cónyuge, señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985 y la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional manifestó que conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se debe realizar la actualización de las pensiones a fin de proteger el poder adquisitivo, lo cual se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas.

este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.

Factores que integran el ingreso base de liquidación.

Tenemos que sobre los factores salariales reconocidos, fueron tenidos en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, según se desprende de la Resolución 001231 de 9 de febrero de 1996 obrante a folios 70-71.

En punto de los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión con base en las Leyes 33 y 62 de 1985, la tesis inicial de la Sala Plena de la Sección Segunda, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010 Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, fue que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral en razón a que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados que no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión adoptada por el Consejo de Estado se establece en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

En virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la Ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Ahora bien, la Sala plena del Consejo de Estado replanteo su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés, en la cual estableció una **subregla** relacionada con 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.

Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

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.**

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Así pues, considera 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 eficiencia, (i) garantizando que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) respetando la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) asegurando la viabilidad financiera del sistema.

Este Despacho acogiendo el criterio establecido por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consonancia con la interpretación dada por la H. Corte Constitucional considera que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Indexación de la primera mesada pensional.

Respecto de la indexación de la primera mesada pensional se debe señalar que no existe una norma expresa que la consagre; sin embargo, la jurisprudencia ha desarrollado el tema con base en los principios constitucionales previstos en los artículos 48, 53 y 230 de la Constitución Política, bajo los criterios de equidad y justicia, en el entendido que el administrado no debe soportar las consecuencias negativas de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al recibir sumas de dinero desvalorizadas³.

³ “(...) Las sumas devengadas por el actor en el año 1992 (cuando se produjo el retiro del servicio) no se actualizaron a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación quedando, en consecuencia, afectadas por el hecho notorio de la inflación de la moneda nacional. Sin embargo, encuentra la Sala que dicha actualización sí se realizó, con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, a los promedios salariales de otros servidores de la misma entidad, tal y como consta a folios 5 a 20 del expediente, sin que la demandada justificara la omisión, en este caso, de aplicar el I.P.C. a la primera mesada pensional del demandante. 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 n 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

Pues bien, en economías cambiantes como la de nuestro país es inevitable que el fenómeno de la inflación genere pérdida del poder adquisitivo de la moneda, lo que significa que el valor de la moneda con el paso del tiempo se devalúa y corresponde a uno nuevo, lo que lleva, entre otros, a la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

En el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 no existe norma expresa que establezca la actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas en los términos del artículo referenciado.⁴

Del mismo modo ocurre con la normatividad que rige la pensión gracia, en tanto que las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, así como el Decreto 081 de 1976, establecen los requisitos y el procedimiento para su reconocimiento, pero no contemplaron la indexación del ingreso base de liquidación – IBL utilizado para determinar su cuantía.

Es así, que la jurisprudencia de las Altas Cortes ha realizado diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

La H Corte Constitucional en Sentencia SU1073/12, se encargó de unificar los criterios relacionados con el derecho a indexar la primera mesada pensional sobre los causados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, disponiendo que:

“2.6.1. El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados, y por tanto, resulta vulneratorio de los principios constitucionales que informan la seguridad social y el derecho laboral negar su procedencia a aquellos que adquirieron el derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, pero cuyos efectos irradian situaciones posteriores.

2.6.2. La garantía de indexación no sólo fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con anterioridad de la expedición de la Carta, sino que en la Constitución de 1991 se constitucionaliza en los artículos 48 y 53.

2.6.3. Además, también tiene sustento en el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 Superior. Este principio obliga a las autoridades judiciales, incluyendo las Altas Cortes, a elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al trabajador. En el caso de la indexación, no es otra que su reconocimiento universal, inclusive de las personas que adquirieron su derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, por cuanto el fenómeno inflacionario afecta a todos por igual.

2.6.4. El reconocimiento a la indexación de la primera mesada pensional también es un desarrollo del principio del Estado Social de Derecho y una garantía que desarrolla los artículos 13 y 46, que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital.”

Igualmente dispuso que el derecho fundamental a la indexación de la primera mesada es un derecho fundamental imprescriptible:

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 (...)” CONSEJO DE ESTADO, Radicado interno 0504 - 09, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ «Artículo 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno. (...).»

Demandante: Gustavo Idelfonso Jiménez

“En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y su relación con el requisito de la inmediatez, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-042 de 2011 que la negativa a su reconocimiento “(...) puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo, siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción.”

En este sentido, se debe entender que los casos objeto de análisis de la presente providencia, cumplen con este requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, puesto que todos los accionantes tienen una pensión de vejez reconocida, y están viendo negado su derecho a la indexación de su primera mesada pensional. Es así como, tratándose de un derecho fundamental imprescriptible, y habiendo cumplido los accionantes con el requisito de acudir previamente a la jurisdicción ordinaria, no entrará a analizar la Corte el tiempo transcurrido entre las decisiones que negaron el derecho a la indexación y la presentación de la acción de tutela por parte de los accionantes, pues en este caso se debe entender que la afectación al derecho fundamental tiene un carácter de actualidad.”

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2515-2017 del 15 de febrero de 2017, mediante la cual resolvió un recurso extraordinario de casación, consideró sobre el asunto lo siguiente:

“Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que 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.”

En el mismo sentido, en sentencia SL2146-2017 del 8 de febrero de 2017, precisó:

“(…) Así las cosas, la nueva tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se finca en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:

“[…]

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991”.

Así las cosas, al margen de que la pensión reconocida a Tafur Salas haya sido causada antes o después de la vigencia de la Constitución Política de 1991, resultaba procedente la indexación del ingreso base de liquidación de la prestación. En esa medida, el Tribunal cometió el yerro jurídico endilgado y por ende se casará la decisión”.

Finalmente, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, en providencia del 10 de julio de 2014⁵ proferida por la Sección Segunda, Subsección B, expuso sobre el asunto lo siguiente:

“II. De la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional gracia.

(…)

Bajo estos supuestos, resulta evidente el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional razón por la cual, la jurisprudencia de esta Corporación con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, ha establecido que bajo criterios de justicia y equidad la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios los cuales el trabajador no está obligado a soportar.

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.”

La anterior, tesis ha sido reiterada de manera pacífica por el H. Consejo de Estado, es así que en reciente sentencia del 16 de agosto de 2018, con Ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés, radicado 17001-23-33-000-2013-00051-01(4694-13), expuso:

⁵ C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 1767-2014.

Demandante: Gustavo Idelfonso Jiménez

“la Sala reitera en esta oportunidad la tesis constante de la jurisprudencia, para decir, que ante la existencia de un vacío normativo frente a la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y las consecuencias negativas que esto genera, esto es, el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse 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, que se realice 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”.

Es así como, que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia resulta procedente la indexación de la primera mesada pensional desde la fecha de retiro hasta cuando adquirió el estatus pensional, cuando hubiere transcurrido un lapso importante de tiempo, lo cual hace suponer una pérdida significativa del poder adquisitivo de la pensión.

Caso concreto (00.28.27).

La entidad demandada en la Resolución 001231 del 9 de febrero de 1996⁶ reconoció la pensión de jubilación a la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, cónyuge del demandante y admitió que era beneficiaria del régimen de transición y por tanto le era aplicable el Decreto 1848 de 1969 por haber cumplido 20 años de servicios y 50 años de edad, y efectiva a partir del 1° de abril de 1993.

Conforme la Resolución 001231 del 9 de febrero de 1996, la pensión de la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez se liquidó con el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios, esto es, la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad.

Posteriormente, mediante Resolución 006762 de 9 de junio de 1999, se reconoció pensión de sobrevivientes al demandante, con ocasión del fallecimiento de la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez.

Mediante derecho de petición de fecha de 05 junio de 2017 el accionante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez y la indexación de la primera mesada, la cual fue negada mediante por la Resolución RDP 030304 de 27 de julio de 2017, bajo el argumento que la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, cónyuge del aquí demandante, adquirió el status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto se respeta el tiempo de servicio y el monto que estableció el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y la liquidación se debe efectuar con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994. En cuanto a la indexación de la primera mesada, informó que si bien la Resolución No. 1231 de 9 de febrero de 1996 no realizó la actualización correspondiente, solicitó a la parte demandante que allegara el certificado de factores salariales del año 1992 para efectuar la liquidación de la indexación de la primera mesada pensional. Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución RDP 038557 de 10 de octubre de 2017, confirmando la decisión.

Así las cosas, se tiene que el último año de servicios de la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, cónyuge del aquí demandante, corresponde al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1993 (de acuerdo con la Resolución 001231 de 9 de febrero de 1996 que obra a folio 70-71) y conforme con la certificación de salarios obrante a folio 5 del cuaderno principal, se tiene que en dicho periodo la demandante devengó lo siguiente:

6 Folio 70-71

Asignación Básica (reconocido)
Dominicales y Feriados (reconocido)
Bonificación por servicios (reconocido)
Prima de Antigüedad (reconocido)
Horas Extras (reconocido)
Auxilio de Alimentación
Auxilio de Transporte
Prima de Servicios
Prima de Navidad
Prima de Vacaciones

Respecto de lo anterior, este Despacho evidencia que los factores salariales de auxilio de alimentación, Auxilio de Transporte, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad, no se encuentran en listados en la Ley 62 de 1985⁷ que modificó la Ley 33 de 1985, y sobre los cuales no se hicieron cotizaciones, es por ello que no pueden ser incluidos dentro del IBL de la pensión de jubilación de sobrevivientes del demandante, porque va en contravía de los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad** tal y como lo estableció la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018.

En consecuencia, observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación a la parte actora, aplicando la edad y tiempo de servicios del Decreto 1848 de 1969, y los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio como lo establece la Ley 33 y 62 de 1985, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el cual es acogido por este Despacho, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Ahora bien, frente a la **indexación de la primera mesada pensional**, se tiene que entre la fecha de retiro (31 de diciembre de 1993) y la fecha de causación del derecho pensional (19 de julio de 1995)⁸ habían transcurrido un lapso importante de tiempo, cerca de cinco (05) años, lo cual hace suponer una pérdida significativa del poder adquisitivo del salario, por lo cual de acuerdo con la ley y la Jurisprudencia citada en precedencia se accederá a dicha indexación.

Es importante resaltar que la misma entidad demandada mediante las Resolución RDP 030304 de 27 de julio de 2017 (f 8-10) y Resolución RDP 038557 de 10 de octubre de 2017 (f 12-14), afirmó que la indexación de la primera mesada era procedente para el caso en concreto.

Por lo tanto, la entidad demandada deberá proceder a la indexación de la BASE PENSIONAL de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor – IPC- de cada año transcurrido entre el día en que la señora Ana Efrén Jiménez de Jiménez, cónyuge del aquí demandante se retiró del cargo, esto es, 31 de diciembre de 1993 y la fecha en que cumplió con el segundo requisito para alcanzar su estatus pensional, esto es, 19 de julio de 1995. Una vez efectuada la indexación,

⁷ **ARTÍCULO 1°.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁸ Folio 70

deberá realizar los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ordenado en esta sentencia, lo que arrojará el valor de su mesada pensional.

Prescripción: De conformidad con la solicitud de indexación de la primera mesada pensional y la fecha de presentación de la demanda, en el caso concreto hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Como quiera que la parte actora presentó su solicitud de indexación de la primera mesada pensional fue el 05 de junio de 2017 (fl.2), y considerando que la fecha de efectividad de la pensión que le fue reconocida al accionante fue 19 de julio de 1995 (f 70vto), a la luz de la norma en cita se observa que en el presente caso se configuro el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia, se ordenará la indexación de la primera mesada pensional a partir del día 5 de junio de 2017, pero el pago de las diferencias será **solo las causadas a partir del 5 de junio de 2014; operando la prescripción respecto de las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha** y así se ordenará en la parte resolutive de esta sentencia.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para

que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁰ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

⁹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁰ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“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>>”¹¹”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada bajo los parámetros descritos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** de la **Resolución No. RDP 030304 del 9 de agosto de 2017** mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida al accionante y la **Resolución No. RDP 038557 del 10 de octubre de 2017**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a **INDEXAR** la pensión reconocida a la demandante, de acuerdo con el IPC de cada año transcurrido entre el día en que el actor se retiró del servicio (**31 de diciembre de 1993**) hasta la fecha en que adquirió el status pensional (**19 de julio de 1995**). Una vez efectuada la indexación, deberá realizar los reajustes pensionales previstos en la ley.

CUARTO.- ORDENAR que una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas. El pago de las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de vejez de que trata el numeral anterior, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ya liquidado y efectivamente cancelado, procederá **a partir del 5 de junio de 2014**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia atendiendo la prescripción probada y declarada sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad.

QUINTO.- DISPONER que las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

SEXTO. - ORDENAR el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

¹¹ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme lo expuesto.

OCTAVO.- DECRETAR que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

NOVENO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

DÉCIMO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

UNDÉCIMO: Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere; así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

DUODÉCIMO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez