



9

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 23001-23-33-000-2014-00158-01 (2888-2015)
Demandante : **Diego Simón Covo Urango**
Demandada : Departamento de Córdoba
Tema : Indexación de primera mesada pensional

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante (ff. 112 a 116) contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala cuarta de decisión), mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 102 a 107 vuelto).

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 9). El señor Diego Simón Covo Urango, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el departamento de Córdoba, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad (i) de manera parcial, de la Resolución 774 de 11 de septiembre de 1990, a través de la cual se le reconoció pensión de jubilación, en cuanto ordenó su pago en cuantía de \$32.073,34; y (ii) del acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo negativo respecto de la petición de 5 de julio de 2011, orientada a obtener el «[...] reajuste pensional de jubilación basado en la indexación de la primera mesada, ya que para el momento del reconocimiento de la pensión se tomo [sic] como base de liquidación el salario **promedio del año 1958**¹ y esta no se indexó y actualizó a la fecha en que se reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación [...]», esto es, en 1990.

¹ Resulta oportuno anotar que el año que sirvió de base de liquidación fue 1985.



Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada (i) «[...] reajustar, conforme al índice de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DANE, el valor del promedio de lo devengado en el último año de servicios entre la fecha de su desvinculación [...22 de diciembre de 1985] y el día en que se reconoció su pensión de jubilación [...11 de septiembre de 1990], con base a la Indexación de la Primera Mesada Pensional; con el fin de que se actualice el monto de la mesada pensional que se devaluó por las diferencias de años que hay entre uno y otro [...]»; y (ii) cancelar «[...] las diferencias adeudadas de cada una de las mesadas [...] desde el **05 de julio de 2008** hasta la fecha actual, tal como lo dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969», valores que deberán ser actualizados.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que «[...] es pensionado del Departamento de Córdoba mediante resolución No. **0774 del 11 de septiembre de 1990** [...]», cuya cuantía fue determinada con base en el «[...] **100%** del promedio mensual de los sueldos devengados en el último año de servicio [...]», lo cual arrojó como resultado \$32.073,34, «[...] monto pensional que para el último año de servicio (**año de 1985**) equivalía a un promedio de **2.3 salarios mínimos legales**. Aspecto que no se tuvo en cuenta al momento de reconocer su estatus de pensionado».

Que «El ultimo [sic] cargo desempeñado [...] fue el de “**Alcalde Clase II categoría 28, Municipio de San Andrés de Sotavento, dependiente de la secretaria [sic] de Gobierno**”, desde el día **22 de mayo de 1985, hasta el día 22 de diciembre de 1985**» y el último salario devengado fue \$43.110.

Dice que «[...] desde la fecha de retiro del servicio activo como empleado del Departamento de Córdoba [...] hasta la fecha en la cual se reconoce el pago de su mesada pensional [...], transcurrieron un total de **Cuatro (4) años [y] nueve (9) meses**», situación que no fue tomada presente por la Caja de Previsión Social que lo pensionó.

Que «Como el valor de **\$32.073,34**, al momento de reconocer la pensión estaba por debajo del salario mínimo del **año de 1990**, La Caja Departamental de Previsión Social determinó [sic] elevar este monto al salario mínimo de ese año, por lo tanto desde el momento de reconocimiento como pensionado, su mesada ha sido reajustada año tras año con el valor del salario mínimo hasta la presente fecha».



Aduce que el 5 de julio de 2011 solicitó del demandado la «[...] *revisión de su derecho pensional y [...] [la] INDEXACION [sic] DE LA PRIMERA MESADA, ya que para el momento del reconocimiento de la pensión se tomo [sic] como base de liquidación el salario del año de 1985 y est[e] no se indexó [ni] actualizó a la fecha en la cual la pensión se le reconoció [...]*», frente a lo cual la Administración no emitió pronunciamiento, por lo que operó el silencio administrativo negativo.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 13, 46, 48, 53 y 230 de la Constitución Política; y 8 de la Ley 153 de 1987.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado acerca de la indexación de la primera mesada pensional, arguye que «[...] *el último día de servicio activo del pensionado fue el 22 de diciembre de 1985 y la fecha en la cual se le reconoce su mesada pensional según resolución No. 0774, fue el día 11 de septiembre de 1990, habiendo una diferencia de cuatro años y nueve meses entre el ultimo [sic] día de servicio y el reconocimiento de pensión; tal apreciación demuestra que se le ha causado un detrimento grave al momento de reconocerle la pensión de jubilación [al actor], ya que La Caja Departamental de Previsión Social toma el promedio del salario del ultimo [sic] año de servicio activo del pensionado (mayo de 1985, a diciembre 1985) para establecer su mesada pensional, pero esta entidad a su vez hace efectiva la pensión en septiembre de 1990, por lo cual se evidencia que no tuvo en cuenta la devaluación de la moneda y la depreciación que se causa entre esta gran diferencia de años, conllevando a que la mesada automáticamente queda devaluada por el tiempo e incluso por debajo del salario mínimo legal de esa época, perdiendo a si [sic] su poder adquisitivo*».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 45 a 49). El ente territorial demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en relación con los hechos dice que algunos son ciertos, otros no, el 12 parcialmente y los demás no constituyen situaciones fácticas; y sostiene que la resolución de reconocimiento pensional al demandante contiene un error mecanográfico al establecer que el monto de su prestación equivale al 100% del promedio de los salarios devengados durante el último año, no obstante, su valor se calculó sobre el 75%, a partir del momento en que cumplió 50 años de edad, conforme a la Ley 6ª de 1945, y se le reajustó de acuerdo con lo legalmente establecido. Por último, opone las excepciones de inexistencia de



la obligación y prescripción.

1.6 Providencia apelada (ff. 102 a 107 vuelto). El Tribunal Administrativo de Córdoba (sala cuarta de decisión), mediante sentencia proferida el 27 de marzo de 2014, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas al demandante, al considerar que él «[...] *adquirió el estatus de pensionado el día 22 de diciembre de 1985, fecha certificada por el Departamento de Córdoba a folio 84, que no fue controvertida por la parte demandante; y la pensión reconocida fue liquidada tomando como ingreso base lo devengado en el último año de servicios, por lo que, al ser retirado del servicio el 22 de diciembre de 1985, el último año de servicios corresponde al 22 de diciembre de 1984 al 22 de diciembre de 1985: por lo tanto, lo esbozado en líneas anteriores acerca de la devaluación del salario que se toma como base para liquidar la mesada pensional, y por consiguiente la necesidad de indexar la primera mesada conforme el IPC, no ocurre en el caso de marras, ya que en el caso del demandante, no sucedió que fuera retirado del servicio y posteriormente cumplió los demás requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación; por el contrario, la fecha de adquisición del estatus de pensionado del actor coincide con el último año de servicios que se tomó para liquidar la mesada pensional*». En consecuencia, el monto pensional del actor no estaba devaluado.

Advierte que «[...] *lo que acontece en el sub lite es que desde que el actor cumplió el estatus de pensionado, el día 22 de diciembre de 1985, a la fecha de expedición del acto administrativo que ordena el reconocimiento y pago de la pensión, el día 11 de marzo de 1990, transcurrieron aproximadamente 5 años, y es precisamente ese lapso [...] el que el actor solicita sea actualizado; sin embargo, como ya se dijo, esta situación no puede ser analizada bajo la óptica de la indexación de la primera mesada, habida cuenta que, se itera, la indexación procede en los eventos en que el retiro del servicio se produjo antes del cumplimiento del status pensional, o en otras palabras, cuando existe una diferencia entre el retiro y la consolidación del estatus pensional, lo que genera la pérdida del poder adquisitivo de la mesada*». Por ende, «[...] *lo procedente en el caso concreto, una vez reconocida la pensión de jubilación por haberse cumplido con los requisitos de ley, es el reajuste anual de la pensión, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 71 de 1981, norma que reza: “**PARÁGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo*».

Concluye que «[...] *desde que se adquiere el estatus de pensionado hasta el*



momento del acto de reconocimiento pensional, lo propio es el reajuste anual de la pensión, con el fin de que mantengan el poder adquisitivo, ya que desde que se adquiere el estatus y se liquida la pensión, la misma debe ser reajustada, conforme a la ley; situación que no se alegó ni se acreditó incumplida en el presente caso».

1.7 Recurso de apelación (ff. 112 a 116). Inconforme con la anterior sentencia, el actor, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[...] *no le asiste razón al Magistrado Ponente cuando afirma fehacientemente que [el accionante] adquirió el status de pensionado el 22 de Diciembre de 1985, y menos aun cuando sostiene que esta [sic] acreditado en el expediente tal circunstancia, cuando lo único que existe es una afirmación hecha en un oficio emitido por el Secretario de Gestión Administrativa que no coincide, siquiera, con los documentos que acompañan dicho oficio, menos cuando uno de ellos es expedido por el Técnico del Fondo de Pensiones, funcionario con mayor conocimiento y rango en el tema, y en donde se sostiene lo contrario».*

Que «*En los hechos de la demanda se determina que si bien es cierto que en la Resolución de pensión cuya nulidad parcial se pretende, no indica la fecha desde la que se hace efectiva la pensión de jubilación, se infiere que es desde 1990 – fecha en que se expidió dicha resolución de pensión- y esto se demuestra en la misma resolución al observar que la mesada promediada en el año 1985 por el valor de \$32.073,34 que equivalía a 2.3 salarios mínimos de la época, queda por debajo del salario mínimo del año en que se realizó dicha resolución lo que obliga a esta [a] elevarlo al salario mínimo de ese año tal y como lo transcribe la misma resolución, si se hubiese hecho efectiva la pensión del demandado a partir de diciembre de 1985, el valor de la mesada de \$32.073,34 no tendría por qué elevarse al salario mínimo ya que esta estaba muy por encima y mucho menos el pensionado estuviese recibiendo hasta hoy una mesada con el promedio del salario mínimo legal vigente».*

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue concedido mediante proveído de 28 de mayo de 2015 (f. 118) y admitido por esta Corporación a través de auto de 25 de septiembre siguiente (f. 123), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.



2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 17 de mayo de 2016 (f. 137), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 del CPACA, oportunidad aprovechada por ese último y el accionante.

2.1.1 Parte demandante (ff. 142 a 144). El actor reitera los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

2.1.2 Ministerio Público (ff. 145 a 151). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe revocar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda para en su lugar acceder a ellas de manera parcial, por cuanto «[...] *el demandante no se encuentra dentro de los supuestos de la indexación de la primera mesada pensional, por cuanto el demandante cumplió el estatus pensional antes del retiro del servicio, contrario al evento que pretende reparar esta figura, en tanto como se dijo, busca resarcir la devaluación de la pensión por el hecho de haberse retirado del servicio sin cumplir con la edad pensional*».

Que «*A pesar de lo anterior, si se analiza la solicitud del demandante, donde pide la indexación de la primera mesada pensional, en razón a que transcurrieron más de cuatro años desde la fecha de su retiro y el reconocimiento pensional, se advierte que tal situación, si bien no encaja dentro de esa figura como se dijo anteriormente, sí se enmarca dentro del reajuste pensional*».

Explica que «[...] *si bien en el acto de reconocimiento pensional en la parte considerativa se estableció “elévase la pensión al salario mínimo según ley 4ª de 1976”, en la parte resolutive no se hizo mención alguna sobre este asunto. Por el contrario, se advierte que se reconoció la pensión en cuantía de \$32.073,34, partiendo de la base del promedio de lo devengado en el último año de servicios (22 de diciembre de 1984 a 22 de diciembre de 1985), sin tener en cuenta que tal valor representaba una suma superior a dos (2) SMLV del año 1985 (fecha de retiro - \$13.558.00) e inferior a uno del año 1990 (fecha de reconocimiento - \$41.025.00)*».

Que «[...] *en el caso del demandante no se reajustó la pensión con base en lo establecido en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, pese a que existía la*



obligación de hacerlo conforme lo señala esta norma, esto es, desde la fecha del retiro del servicio (1985), momento según el cual debe hacerse efectiva la prestación, por el hecho de haber continuado en el servicio y por la prohibición de recibir una doble asignación del erario [...] y las pruebas, por el contrario, no demuestran de que se haya efectuado».

Agrega que «[...] si bien las pretensiones del demandante radican en la solicitud de la indexación de la primera mesada pensional, no por ello impide considerar el estudio del reajuste pensional de que trata la Ley 4ª de 1976, por cuanto el fundamento de su solicitud, esto es, la devolución de su mesada con ocasión del tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el acto de reconocimiento pensional, y las pruebas allegadas al proceso, llevan a la convicción de que no se efectuó la misma y más por el hecho de que en el presente litigio se están discutiendo derechos que permiten garantizar principios de orden constitucional [...] y por la habilitación legal de que el Juez Contencioso Administrativo puede, en virtud del parágrafo 3 del artículo 187 de la ley 1437 de 2011, “Para restablecer el derecho particular, (...) estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”».

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Se contrae a determinar si al demandante le asiste derecho o no a que le sea indexada su primera mesada pensional comoquiera que su pensión de jubilación le fue liquidada con lo devengado durante el último año de servicios (1985), pero el reconocimiento se hizo efectivo a partir de 1990, correspondiéndole como monto un salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Si bien la normativa no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado



ha aceptado que en economías inestables como la nuestra el mecanismo de la indexación de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias, pues cualquier reconocimiento sin tener en cuenta el aumento de valor del dinero, resulta inequitativo porque es indiscutible en algunos casos la pérdida del valor adquisitivo que ocurre entre la fecha en que el pensionado se retira del servicio y la fecha en que adquiere el estatus pensional y/o se reconoce la pensión, lo que hace que la prestación se liquide con montos empobrecidos.

En efecto, en sentencia de 15 de noviembre de 1995 esta sección, expediente 7760, con ponencia del doctor Joaquín Barreto Ruiz, consideró que la indexación no solo tiene un sustento legal en materia contencioso-administrativa, sino que es un acto de elemental equidad, cuyo soporte constitucional se encuentra en el artículo 230, en armonía con aquellos conceptos de la Constitución que le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo, por lo que no disponer el ajuste sería no solo un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino también un enriquecimiento sin causa de quien en su negativa de reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiese cancelado en tiempo su obligación.

Agrega que la indexación legal obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que tratándose de servidores del Estado, castiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU-120 de 2003, precisó:

La Corte encuentra, entonces, i) que no existe normativa 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 –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’ –artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por



compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.

De modo que en su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los accionantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, la accionada tenía que proceder como lo indican las normas relativas al tema, como quiera que el legislador de haber considerado las particularidades que los actores afrontan habría optado por la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios –artículo 260 C.S.T-, o por el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso.

Lo anterior porque i) así acontece con el trabajador que es despedido después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) ésta es la solución adoptada por la ley para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los excongresistas, y iii) esto ocurre con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, financiadas con recursos del presupuesto nacional, del Instituto de Seguros Sociales, así como las de los pensionados de las Fuerzas Armadas Militares y de la Policía Nacional.

Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-.

[...]

b) Respecto del derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, la jurisprudencia indica:

[...]

- Que cuando el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que ‘quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (..)’ logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados, sin distingo de su capacidad económica, debido a que



integran uno de los grupos sometidos a su especial protección (...)’...

[...]

En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales.

[...] (subrayado de la Sala).

Tal actualización resulta procedente no solo por vía judicial, sino también en sede administrativa, comoquiera que es un beneficio legal que garantiza los principios de equidad y justicia, en virtud de los cuales se conserva la capacidad adquisitiva de la mesada pensional, pues lo contrario implicaría un detrimento en su valor. Así lo ha estimado esta Corporación, en los siguientes términos:

En el caso objeto de examen no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa.

Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin.

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, en casos como el presente, 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 Carta.

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un



criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía.

[...]

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí habría legitimado la decisión de la administración de actualizar los pagos extemporáneos que efectuó. Como no ocurrió así, procede a esta Sala ordenarlo mediante este proveído.²

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

Así las cosas, la indexación de la primera mesada puede realizarse en vía gubernativa por la administración y es obligatoria para las pensiones de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, incluso, quienes cuenten con un régimen especial y adquirieron la pensión con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que es un derecho que deriva directamente de los postulados y pilares fundamentales del Estado social de derecho que promueven el

² Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 13 de julio de 2006, expediente 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).



mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en garantía de los principios de equidad, justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores, derechos de alta relevancia constitucional que no deben ser desconocidos, en virtud del principio *pro homine* hecho norma de tiempo atrás en tratados internacionales³, que impone interpretar y aplicar las normas que sean más favorables a la persona y a sus derechos humanos.

3.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Resolución 774 de 11 de septiembre de 1990 (ff. 18 a 21), a través de la cual la Caja Departamental de Previsión Social de Córdoba reconoció una pensión de jubilación al demandante, sin especificar a partir de cuándo, en cuantía de \$32.073, 34.

Asimismo, indica que el accionante (i) nació el 31 de octubre de 1931, por lo que cumplió 50 años el 1981; (ii) prestó sus servicios a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) desde el 29 de septiembre de 1956 hasta el 19 de mayo de 1969 (12 meses y 29 días), al municipio de San Andrés de Sotavento durante 9 años y 5 meses, y al departamento de Córdoba entre el 1° de febrero de 1983 y el 8 de mayo de 1983 y del 22 de mayo al 22 de diciembre de 1985, para un total de 22 años, 4 meses y 8 días de servicios, y (ii) se liquidó la pensión del accionante con el 100% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, conforme a las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y 4ª de 1966.

b) Oficio 3155 de 27 de octubre de 2014 del secretario de gestión administrativa del departamento de Córdoba, informa que de acuerdo con la Resolución 774 de 11 de septiembre de 1990, el demandante adquirió el estatus pensional el 22 de diciembre de 1985 (f. 84).

c) Certificación de 23 de agosto de 1989 del jefe de sección personal y servicios generales del departamento de Córdoba, según la cual el actor laboró como alcalde, clase II, categoría 28 de San Andrés de Sotavento, desde el 22

³ V. gr. Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.



de mayo hasta el 22 de diciembre de 1985, y devengó como sueldo \$43.110, prima de navidad \$21.155 y prima semestral \$21.155 (f. 22).

d) Escrito de 5 de julio de 2011 (ff. 12 a 15), con el que el accionante, mediante apoderado, solicitó del ente demandado la indexación de la primera mesada pensional con base en el IPC, comoquiera que se tomó como base de liquidación pensional el salario devengado en el año 1985 y el reconocimiento de la pensión se hizo a partir del 11 de septiembre de 1990, el cual hasta la fecha de presentación de la demanda no fue contestado por lo que se configuró el silencio administrativo negativo, en virtud del artículo 40⁴ del CCA.

Conforme al material probatorio allegado al expediente, se tiene que la base de liquidación pensional tenida en cuenta para obtener el valor de la mesada pensional del actor era el promedio del salario devengado durante el último año de servicios (1985), cuya cuantía fue calculada en \$32.073,34, sin embargo, como para 1990 (año de reconocimiento pensional) el salario mínimo legal mensual vigente era de \$41.025, se le ascendió a esta suma el monto pensional de acuerdo con lo contemplado en la Ley 4^a de 1976⁵, pero nótese que la primera mesada (esto es, el promedio del salario recibido durante el último año de servicios) no fue debidamente actualizada al año 1990.

Para la Sala es claro que, en punto al valor de la primera mesada pensional, no solo se debió tener en cuenta lo devengado por el actor durante el último año de servicios, sino que dicha cantidad debió indexarse desde 1985 hasta 1990, año del reconocimiento pensional, en procura de que el quantum pensional conservara el poder adquisitivo luego de cinco (5) años que permaneció el actor por fuera del servicio público.

Ello es lo jurídicamente correcto, por cuanto en materia contencioso-administrativa, con la expedición del Decreto 1 de 1984⁶, específicamente su artículo 178, se consagró la posibilidad de indexar todas las condenas de conformidad con el índice de precios al consumidor regulado por el DANE. Así lo ha reconocido, esta Corporación, inclusive cuando lo reclamado son sumas de dinero que por mandato de la ley, se reajustan periódicamente, como es el caso de las pensiones.

⁴ Artículo 40 del CCA: «Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa».

⁵ «Artículo 2º. Las pensiones a que se refiere el artículo anterior no podrán ser inferiores al salario mínimo mensual más alto, ni superiores a 22 veces este mismo salario».

⁶ Vigente a la fecha del reconocimiento pensional.



Ahora bien, estima la Sala que la indexación o actualización del ingreso base con que se liquidó la pensión de jubilación del demandante no se encuentra prevista en ninguna norma, sin embargo, existen razones de justicia y equidad que imponen que se dicte una sentencia favorable en este asunto.

Como antes se dijo, la demanda está orientada a que se actualice el ingreso base con que se liquidó la pensión, esto es, el salario promedio del último año de servicios (1985) con el objeto de paliar los efectos de la depreciación monetaria en el tiempo que transcurrió desde la época del retiro del actor el 22 de diciembre de 1985 hasta la fecha de reconocimiento pensional en 1990, para lo cual no era procedente haber ajustado dicho ingreso base al valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1990, como lo hizo el accionado en la resolución acusada.

En economías inestables y variables por la inflación, como lo es la de nuestro país, el mecanismo de la revalorización de las sumas a pagar por concepto de prestaciones sociales es un factor de equidad y de justicia porque permite que se pague el valor real de las acreencias laborales. No obstante, en el proceso *sub judice*, no se trata de una obligación dineraria pendiente de pago o de una deuda a cargo de la Administración vigente, exigible y no pagada, sino de un derecho que no se había materializado, pero que evidentemente también sufrió los rigores inflacionarios al tener que esperar el transcurso del tiempo para su materialización.

En tales condiciones la revalorización resulta viable, tal como lo sostuvo esta subsección, en fallo de 22 de marzo de 2007, número interno 1312-2006, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante:

Independientemente de cualquier consideración sobre la legalidad del acto, debe decirse que el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia, y el Decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 116 de la Ley 6 ibidem, corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho, conforme lo ha precisado esta Sección en múltiples pronunciamientos.

Conforme a lo expuesto, la actualización de los valores mencionados en criterio de la Sala, resulta procedente, teniendo en cuenta la depreciación o pérdida del poder adquisitivo de la moneda por efecto



de la inflación, de acuerdo con lo autorizado por la ley 446 de 1998, en su artículo 16, a saber: *‘Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’.*

Como ya se indicó, la indexación obedece a un criterio mínimo de equidad según el cual quien no cumplió con una obligación oportunamente no puede beneficiarse cumpliéndola en menor valor o depreciada.

El artículo 53 de la Carta Política preceptúa que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, por ello si un reajuste pensional se paga tardíamente debe actualizarse a su valor real y no cubrirse sólo su valor nominal, como lo pretende la entidad demandada.

Al margen de los perjuicios que se le pueden irrogar al pensionado por no pagarle oportuna y completa la mesada pensional, debe decirse que en Estados de economías inestables como el nuestro, el mero paso del tiempo deprecia la moneda y ocasiona la pérdida del poder adquisitivo del dinero afectando la calidad de vida del ex servidor público y esta carga no tiene por qué asumirla él, debe correr, aún de oficio, a cargo de quien ha mantenido el dinero en su poder

Conviene precisar que existe copiosa jurisprudencia de esta Corporación respecto de las condenas judiciales, en la que se ha ordenado, en aplicación de criterios como el de equidad y el de reparación integral, el reconocimiento de la indexación, además del imperativo legal contenido en el artículo 178 del C.C.A., porque el Estado no se puede beneficiar de su negligencia al pagar tardíamente y devaluada una obligación.

Conforme a lo anterior, habrá de aplicarse el criterio auxiliar de la equidad para decidir el presente proceso, toda vez que no existe dentro del sistema jurídico colombiano fundamento legal para variar el monto de la pensión, pues el artículo 178 del CCA (vigente a la expedición de la resolución demandada) se refería a la indexación de condenas judiciales –derechos en mora o que debieron pagarse en determinada época– y no a la actualización de la base que sirve para fijar el monto de la pensión de jubilación.

Por lo expuesto, la Sala considera que el accionante tiene derecho a que su primera mesada pensional sea indexada, pues, contrario a lo sostenido por el Tribunal, lo cierto es que el monto de la pensión de jubilación del actor fue el equivalente al del salario mínimo legal mensual vigente para 1990, cuando lo



correcto era actualizar el ingreso base de liquidación, esto es, el promedio de lo devengado durante el último año de servicios (1985) al momento del reconocimiento pensional (1990).

Por otro lado, resulta oportuno precisar, que por ser el derecho pensional de carácter imprescriptible, este se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado. Contrario sensu, para el caso de las diferencias entre las mesadas pensionales canceladas y lo que debió sufragarse, el legislador ha establecido el fenómeno de la prescripción, de manera que se pagan solamente las causadas hasta tres (3) años antes de la fecha en que se haya formulado la correspondiente reclamación ante el demandado, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁷, en consecuencia, comoquiera que entre el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante efectuado mediante Resolución 774 de 11 de septiembre de 1990 y la presentación de la petición de indexación de la primera mesada pensional ante la entidad accionada (5 de julio de 2011) que dio origen al acto ficto o presunto acusado, trascurrieron más de tres (3) años, ha operado la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 5 de julio de 2008.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, y en su lugar (i) declarará la anulación parcial de la Resolución censurada y la nulidad del acto ficto negativo; y (ii) se ordenará al ente accionado indexar la primera mesada pensional del demandante al año 1990 con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC), pero con efectividad fiscal desde el 5 de julio de 2008.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de la diferencia adeudada, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

⁷ “Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.



$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Lo anterior, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 192 del CPACA, cuya observancia por parte de la Administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

Ahora bien, acerca de la condena en costas a la parte vencida, ha de precisarse que esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016⁸ se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 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.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso

⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

1. Revócase la sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala cuarta de decisión), que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Diego Simón Covo Urango contra el departamento de Córdoba, conforme a lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar:

1.1 Declárase la nulidad parcial de la Resolución 774 de 11 de septiembre de 1990, mediante la cual la entidad accionada reconoció pensión vitalicia de jubilación al actor sin actualizar su primera mesada pensional; y la nulidad del acto ficto o presunto respecto de la solicitud de 5 de julio de 2011, originario del departamento de Córdoba, que negó al demandante la mencionada



indexación, de conformidad con la parte motiva.

1.2 Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al departamento de Córdoba indexar la primera mesada pensional del accionante al año 1990 con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) señalado por el DANE, siempre y cuando el monto de aquella sea superior al salario mínimo legal mensual vigente, pero con efectividad fiscal desde el 5 de julio de 2008, por prescripción trienal, de acuerdo con la motivación.

1.3 El ente departamental accionado hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

1.4 El demandado deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

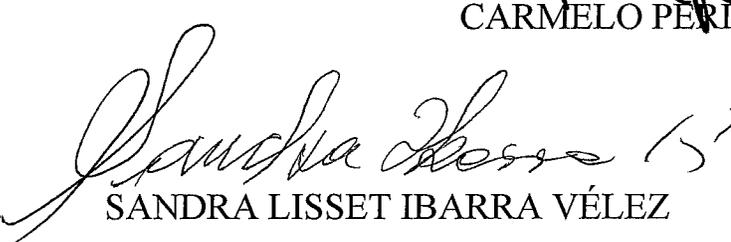
2. Sin condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

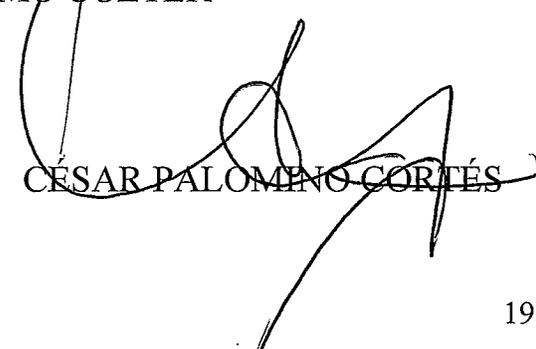
3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

eliza