

INEPTITUD DE LA DEMANDA – No se declara no obstante no impugnar el acto que negó la indexación. Protección de los derechos de las personas de la tercera edad / PROTECCION DE DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD – No impugnación del acto que niega indexación. No declaración de ineptitud de la demanda

En primer término la Sala manifiesta su total acuerdo con la argumentación expuesta por la Vista Fiscal cuando al emitir su concepto consideró que el oficio 007028 del 22 de junio de 2001, que al resolver un recurso de apelación contra la Resolución que reconoció la pensión de jubilación del actor, negó la petición de indexación de su mesada pensional, debe integrarse con la citada Resolución, el cual a pesar de no haberse demandando se está atacando en la presente contienda. Lo contrario, esto es, declarar la ineptitud sustantiva de la demanda porque el acto que resolvió la solicitud de indexación no fue incluido en el acápite de peticiones de la demanda, obligaría al actor a promover un nuevo pronunciamiento de la Administración que le brinde la opción de acudir a un contencioso cuyos términos procedimentales podrían sobrepasar la probabilidad de supervivencia del actor. Por ello, la Sala acogerá la tesis planteada por el Ministerio Público, entendiendo que las pretensiones de la demanda están encaminadas también a obtener la nulidad del acto contenido en el oficio 007028 del 22 de junio de 2001, que denegó la indexación solicitada, por lo que resulta pertinente la aplicación en toda su extensión del principio constitucional consagrado en el artículo 228.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228

PENSION DE VEJEZ – Indexación del ingreso base de liquidación. No vinculación al servicio al momento de cumplir la edad. Reconocimiento. Principio de justicia y equidad

Está demostrado que para la época del retiro del servicio (11 de abril de 1977) el demandante ya acreditaba el tiempo de servicio necesario para obtener la pensión de vejez de acuerdo con el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando las condiciones señaladas en la Ley 33 de 1985, según se infiere de la Resolución 05306 de 1993. Sin embargo, la administración consideró que el actor no tenía derecho al reajuste de la prestación, por cuanto la norma en que se fundamentó -Ley 33 de 1985- no contemplaba la indexación del ingreso base de liquidación, entendiéndose así que no existía obligación dineraria alguna entre la fecha del retiro (1977) y la del reconocimiento pensional (1993). A juicio de la Sala, el desequilibrio del derecho en perjuicio de los intereses del demandante, se produce por una contingencia legislativa que debe ser resuelta bajo los criterios de equidad e igualdad, previstos en el ordenamiento Constitucional como valores de la justicia que permiten la aplicación del derecho. Si el monto de los aportes que los trabajadores efectúan a favor del Sistema Pensional constituye el factor determinante del beneficio de la indexación, entonces resulta contradictorio aceptar que quien ha cumplido con este presupuesto se vea lesionado en el ajuste del valor de la prestación, por el solo hecho de encontrarse desvinculado para el momento en que alcanzó la edad de jubilación, mientras que, contrario sensu, quienes no han cumplido las exigencias legales para pensionarse y, por tanto, deben continuar vinculados en el sector público hasta adquirir el status correspondiente, sí puedan gozar de los reajustes previstos en el régimen de transición a fin de corregir la depreciación económica que sufre dicha prestación. Es evidente que en la Ley 33 de 1985, aplicable en este caso por remisión tácita del artículo 36 de la Ley 100/93, no se previó el mecanismo de la indexación de las sumas reconocidas por concepto de

prestaciones sociales y, por tanto, no hay sustento legal para que el INCORA deba acceder a la petición del actor. No obstante, debe atenderse lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del referido artículo 36 ibídem, en cuanto señala que respecto de las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez se observarán las disposiciones contenidas en la presente Ley, o sea, la Ley 100 de 1993, ya que es allí precisamente donde surge la posibilidad de extender este beneficio a favor del actor en consideración a que se encuentran cumplidos los demás requisitos que sirven de presupuesto legal a la indexación como son, por un lado, el tiempo de servicio que implica haber cotizado los aportes legales durante el período de vinculación laboral, y por otro, la edad para acceder a la pensión.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 136 INCISO 2 / LEY 33 DE 1985

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-01294-01(1923-08)

Actor: VÍCTOR JULIO GUERRERO TRIANA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 8 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

Víctor Julio Guerrero, por medio de apoderado especial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- para que se declare la nulidad parcial de la Resolución 05306 de 27 de septiembre de 1993, por la cual se le reconoció una pensión de jubilación.

Como restablecimiento del derecho pide que se reconozca y pague la diferencia que existe entre el valor que el INCORA le reconoció por concepto de pensión de jubilación y la suma que le correspondía, incluida la indexación y los ajustes e intereses que confiere la ley, liquidados mes por mes, más los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta cuando se haga efectiva la sentencia que así lo ordene.

Los hechos que le sirven de fundamento a la causa, se pueden resumir de la siguiente manera:

Que estuvo vinculado al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en el cargo de Pagador III 14, y por cumplir los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución 05306 del 27 de septiembre de 1993, en cuantía de un salario mínimo legal vigente para ese año.

Que la Resolución mencionada no tuvo en cuenta los artículos 178 del C.C.A., ni 48 y 230 de la C.P. que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones de jubilación.

Que el acto que reconoció la pensión de jubilación no fue recurrido, en principio, por la necesidad que tenía de contar con esa prestación. Posteriormente y con conocimiento de la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la imprescriptibilidad de las pensiones, hizo uso del recurso de apelación, que fue decidido mediante el Oficio 007028 del 22 de junio de 2001, que manifestó que la vía gubernativa había quedado agotada con la ejecutoria de la Resolución 5306 y por ende toda reclamación al respecto tendría que hacerla ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 133-141).

Dijo que el reconocimiento pensional del actor se efectuó antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que le fue otorgada su pensión con base en las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, las cuales no consagran la indexación o actualización de dicho ingreso base.

Adujo que el concepto de equidad y justicia dentro del cual se reclama la indexación es una forma de compensar la depreciación del dinero y una manera efectiva de sobrellevar los años de vejez.

Advirtió que de no acogerse la indexación del ingreso base, se estaría respaldando una situación distinta de la realidad, pues sería asimilar que el 75% del promedio de lo devengado por el actor durante el último año de servicios, no perdió su poder adquisitivo, lo que derivaría el desconocimiento flagrante de la economía del País.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, inconforme con la decisión de instancia, la apela recordando que el artículo 1° de la ley 33 de 1985 determina la forma como debe efectuarse la liquidación de la pensión de jubilación de personas que, como en el presente caso, se retiraron del servicio activo mucho antes de ser promulgada la ley 100 de 1993.

Insiste en que según lo dispone la citada ley 33, la cuantía de la pensión se determina con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, y en este caso, el último año de servicios del actor transcurrió entre el 12 de abril de 1976 y el 11 de abril de 1977, por lo que el INCORA aplicó correctamente los parámetros que regían.

Advierte que el a-quo desconoce la ley cuando declara la nulidad de un acto que se encuentra en firme, como quiera que contra el mismo no se interpusieron los recursos de ley.

Por último, afirma que la equidad es un criterio auxiliar que no debe desconocer la ley porque se estarían contrariando los postulados del artículo 230 Superior.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, al emitir su concepto solicitó que se confirme la sentencia apelada.

En primer lugar explicó que contra la Resolución demandada sólo procedía el recurso de reposición el cual no es obligatorio según el artículo 51 C.C.A., por lo que no hay lugar a decir que frente a este acto era necesario agotar vía gubernativa.

Aclaró que si bien el actor solicitó la indexación de sus mesadas pensionales a través de un recurso de apelación extemporáneo, el oficio que le resolvió este recurso debe integrarse con la Resolución demandada para efectos de resolver de fondo sus pretensiones, debiéndose entender también demandado dicho oficio. La anterior decisión la justifica porque el actor es una persona de la tercera edad y la reclamación que por esta vía se hace está relacionada con su mínimo vital.

En relación con el fondo del asunto, consideró que al actor le asiste el derecho a que su mesada pensional sea indexada de conformidad con los artículos 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES

En primer término la Sala manifiesta su total acuerdo con la argumentación expuesta por la Vista Fiscal cuando al emitir su concepto consideró que el oficio 007028 del 22 de junio de 2001, que al resolver un recurso de apelación contra la Resolución que reconoció la pensión de jubilación del actor, negó la petición de indexación de su mesada pensional, debe integrarse con la citada Resolución, el cual a pesar de no haberse demandando se está atacando en la presente contienda.

Lo contrario, esto es, declarar la ineptitud sustantiva de la demanda porque el acto que resolvió la solicitud de indexación no fue incluido en el acápite de peticiones de la demanda, obligaría al actor a promover un nuevo pronunciamiento de la Administración que le brinde la opción de acudir a un contencioso cuyos términos procedimentales podrían sobrepasar la probabilidad de supervivencia del actor.

Por ello, la Sala acogerá la tesis planteada por el Ministerio Público, entendiendo que las pretensiones de la demanda están encaminadas también a obtener la nulidad del acto contenido en el oficio 007028 del 22 de junio de 2001, que denegó

la indexación solicitada, por lo que resulta pertinente la aplicación en toda su extensión del principio constitucional consagrado en el artículo 228.

Esclarecido lo anterior, la Sala analizará el posible derecho que le asiste al demandante, consistente en la reliquidación de la pensión de jubilación actualizando el valor del ingreso que sirvió de base para el reconocimiento de la prestación, con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La parte demandada se opone al reajuste del valor sobre el ingreso que sirve de base en la liquidación de la pensión de vejez del actor, por cuanto le es aplicable lo dispuesto en la ley 33 de 1985, norma que es clara en determinar la forma como debe efectuarse la liquidación de la pensión y que no contempla el mecanismo de actualización de las sumas reconocidas por concepto de dicha prestación.

El inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 36.- (. . .)

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

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, **actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificado que expida el DANE**”. (Negritas del Despacho)*

Como se observa, el nuevo Sistema de Seguridad Social adoptado mediante la Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición con el propósito de beneficiar a un sector de los trabajadores del Estado, en cuanto permite que obtengan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen que se les haya venido aplicando en cada caso, siempre y cuando su situación se ajuste a los requisitos de tiempo de servicio o número de semanas cotizadas correspondiente a quince (15) o más años, así como al de la edad, que deberá ser de 35 años para el caso de la mujeres y de 40 años cumplidos en los hombres, al momento de entrar en vigencia la nueva normatividad.

Igualmente, favorece a quienes sin haber cumplido los requisitos de la pensión continúen prestando sus servicios en el sector público, en cuyo evento el cálculo del ingreso base para liquidar la prestación jubilatoria se hará con base en el promedio de lo devengado durante el tiempo que les resta para adquirir el derecho, siempre que este lapso no sea superior a diez años, actualizado anualmente con base en la variación del IPC conforme al respectivo certificado expedido por el DANE.

En estos casos la indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país, a la vez que se aviene con la esencia del beneficio previsto en el régimen de transición, en virtud del cual se logran condiciones de favorabilidad para satisfacer las necesidades básicas de quienes abandonan el mercado laboral por razón de su edad.

En el asunto bajo examen está demostrado que para la época del retiro del servicio (11 de abril de 1977. fl.6) el demandante ya acreditaba el tiempo de servicio necesario para obtener la pensión de vejez de acuerdo con el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando las condiciones señaladas en la Ley 33 de 1985, según se infiere de la Resolución 05306 de 1993. Sin embargo, la administración consideró que el actor no tenía derecho al reajuste de la prestación, por cuanto la norma en que se fundamentó - Ley 33 de 1985- no contemplaba la indexación del ingreso base de liquidación, entendiéndose así que no existía obligación dineraria alguna entre la fecha del retiro (1977) y la del reconocimiento pensional (1993).

A juicio de la Sala, el desequilibrio del derecho en perjuicio de los intereses del demandante, se produce por una contingencia legislativa que debe ser resuelta bajo los criterios de equidad e igualdad, previstos en el ordenamiento Constitucional como valores de la justicia que permiten la aplicación del derecho.

En efecto, una interpretación sistemática e histórica de las disposiciones aplicables al caso controvertido, permite inferir que la intención del Legislador tiende a privilegiar a las personas que han contribuido durante un largo período con su capacidad laboral a la realización de los fines esenciales del Estado y esperan, como justa retribución de su esfuerzo, el reconocimiento de un ingreso que les permita continuar viviendo en condiciones dignas.

Si el monto de los aportes que los trabajadores efectúan a favor del Sistema Pensional constituye el factor determinante del beneficio de la indexación, entonces resulta contradictorio aceptar que quien ha cumplido con este presupuesto se vea lesionado en el ajuste del valor de la prestación, por el solo hecho de encontrarse desvinculado para el momento en que alcanzó la edad de jubilación, mientras que, *contrario sensu*, quienes no han cumplido las exigencias legales para pensionarse y, por tanto, deben continuar vinculados en el sector público hasta adquirir el status correspondiente, sí puedan gozar de los reajustes previstos en el régimen de transición a fin de corregir la depreciación económica que sufre dicha prestación.

Es evidente que en la Ley 33 de 1985, aplicable en este caso por remisión tácita del artículo 36 de la Ley 100/93, no se previó el mecanismo de la indexación de las sumas reconocidas por concepto de prestaciones sociales y, por tanto, no hay sustento legal para que el INCORA deba acceder a la petición del actor.

No obstante, debe atenderse lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del referido artículo 36 *ibídem*, en cuanto señala que respecto de las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez se observarán las disposiciones contenidas en la presente Ley, o sea, la Ley 100 de 1993, ya que es allí precisamente donde surge la posibilidad de extender este beneficio a favor del actor en consideración a que se encuentran cumplidos los demás requisitos que sirven de presupuesto legal a la indexación como son, por un lado, el tiempo de servicio que implica haber cotizado los aportes legales durante el período de vinculación laboral, y por otro, la edad para acceder a la pensión.

Dentro de este contexto no resulta contrario al ordenamiento jurídico actualizar el valor del ingreso que sirvió para liquidar la pensión del demandante, con base en la variación del índice de precios al consumidor según lo certifique el DANE, pues si el trabajador ya cumplió su carga de aportes exigida en la ley, no hay razón, lógica ni jurídica, para negarle el derecho a la reliquidación de las sumas reconocidas por concepto de la pensión.

En este caso simplemente se hace extensiva la regulación contenida en la parte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, así el señor Guerrero Triana no se encuentre desempeñando algún cargo en la administración pública ya que, como se advirtió anteriormente, el estar bajo el amparo del régimen de transición supone el cumplimiento de las semanas cotizadas que dan lugar a la liquidación correspondiente y de este modo se mantiene el monto de la pensión de vejez.

Cabe agregar que esta Sección fijó el criterio jurisprudencial sobre la materia, en fallo del 15 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, estableciendo las siguientes reglas:

“(...) En un régimen de seguridad social concebido bajo los principios de la eficiencia, universalidad y solidaridad, como lo prevé la Constitución (art.48), la pensión de jubilación ocupa un lugar privilegiado, tiene por finalidad garantizar la subsistencia de las personas de la tercera edad en condiciones dignas y justas. Es un fin superior que el Estado y la sociedad concurren para la protección y asistencia de estas personas. Desde esta perspectiva, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tomando para su liquidación sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios, resulta contrario a los postulados anotados, desamparándose a la persona de la tercera edad.

A lo anterior se agrega que los aportes que hace el servidor para constituir el seguro o amparo de las contingencias de la tercera edad, corresponden al ahorro obligado por largos años de servicios, en esta oportunidad durante 23 años, 7 meses, 5 días al servicio del Instituto demandado. No se trata pues de una dádiva que la entidad a cuyo cargo se halla su reconocimiento, suministra al servidor a título de donación gratuita, sino que corresponde a sus aportes, que conforme a las normas reguladoras del sistema de seguridad social en pensiones, deben contribuir los afiliados forzosos.

Si bien es cierto que la obligación de reconocer la pensión surgió a partir del cumplimiento del requisito de la edad, que lo fue, el 26 de mayo de 1996 y que la noción de dicha prestación no es idéntica a la de una obligación pendiente de pago o de una deuda a cargo de la administración vigente, exigible y no pagada, como lo plantea el Tribunal, dicho argumento no tiene la contundencia suficiente como para relevar al Instituto demandado de la obligación de establecer la base de la liquidación de la pensión, con su justo poder adquisitivo. Es una cuestión de elemental justicia.

No aceptar la indexación del ingreso base del demandante, pretextando que los últimos años no estuvo vinculado laboralmente luego de haber prestado sus servicios, por más de 23 años, y de esa manera reconocer su mesada pensional, con valores deteriorados, constituiría una afrenta a la justicia e iría en contravía de los postulados Constitucionales citados.

Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional.

En efecto, como ya quedó dicho el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, al regular la situación que en este asunto se controvierte, no previó el deterioro de los valores en razón de nuestra economía inflacionaria; esta circunstancia, justifica la utilización de la equidad como criterio auxiliar para dirimir la presente controversia tal como lo dispone el artículo 230 de la Carta. Ahora bien, como en el artículo 178 del C.C.A. se reconoce el ajuste al valor de las sumas que se resuelvan mediante sentencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a sus previsiones habrá de acudirse.

Vistos los principios Constitucionales, la naturaleza del derecho a la pensión de jubilación, la orientación jurisprudencial, y siendo conscientes de la inestabilidad de nuestra economía, que día a día sufre los rigores de la inflación, resultaría contradictorio no ordenar la actualización de los valores correspondientes a la pensión de jubilación del actor en las condiciones que han quedado expuestas (...).”

Acogiendo los criterios de la jurisprudencia citada y de acuerdo con los razonamientos expuestos, la Sala concluye que se debe confirmar el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia proferida el 8 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso promovido por el señor Víctor Julio Guerrero Triana contra el INCORA.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO