

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

AUDIENCIA NÚMERO 045

Juzgamiento

Santiago de Cali, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 048

Acta de Decisión N° 011

El Magistrado **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la Sala de Decisión, proceden a resolver la **APELACIÓN** de la sentencia No. 253 de 2 de julio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **LUIS GUILLERMO ARANGO MORALES** contra **EMSIRVA EICE ESP**, bajo la radicación No. 76001-31-05-007-2019-00091-01, **con el fin de que se conceda la pensión de jubilación convencional e indexación**

ANTECEDENTES

Informan los hechos de la demanda que, el señor **LUIS GUILLERMO ARANGO MORALES** laboró para la Empresa de Servicios Públicos Municipales-**EMSIRVA** desde el 15 de julio de 1992 hasta el 25 de marzo; mediante resolución No 00071 de 28 de mayo de 2009 se ordenó la liquidación y pago de prestaciones sociales, y canceló la suma de \$59.278.283; que el artículo 87 de la Convención Colectiva establece una pensión de jubilación con 20 años de servicios continuos o discontinuos al sector oficial y 53 años de edad; que el demandante trabajó en el sector oficial con el Banco Cafetero (**COMCASA**) desde el 3 de septiembre de 1979 hasta el 2 de julio de 1989, cumpliendo con 20 años de



servicios, lo que le da derecho a la pensión de jubilación ya que solo le faltaría el cumplimiento de la edad; que fue afiliado al ISS al momento de trabajar a EMSIRVA; que la pensión de jubilación se estableció de manera compatible con la de vejez y una vez se cumpliera con el requisito se completará el 100% de ella; que el demandante cuenta con 1.526 semanas cotizada; que la pensión fue negada por Colpensiones en 2014; solicitó ante la empresa demandada el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación convencional el 19 de octubre de 2018, la cual fue negada porque cumplió la edad el 7 de diciembre de 2001 (sic), fecha posterior al plazo pactado por la última convención y eventualmente solo se aplicaría la convención hasta 31 de julio de 2010; que se incurre en una indebida interpretación del párrafo transitorio 3 del Acto Legislativo No 1 de 2005; que al demandante sólo le faltaba la edad como requisito de exigibilidad.

Solicita la pensión de jubilación a partir del 7 de diciembre de 2011 por la suma de \$4.090.300, con el retroactivo e indexación de las sumas adeudadas.

Al descorrer el traslado a la parte demandada, **EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI - EMSIRVA E.S.P. EN LIQUIDACIÓN** contesta la demanda diciendo que los hechos 1°, 2°, 3° son ciertos de forma parcial; el hecho 4° no es un hecho, el 5° no es cierto; indica que el demandante no tenía la condición de trabajador oficial cuando se desempeñó en el Banco Cafetero. Se opone a todas las peticiones, considerándolas carentes de fundamento. Propone como excepciones de fondo las de inconstitucionalidad de cualquier reconocimiento pensional, pérdida de vigencia de los derechos pensionales convencionales, improcedencia de reconocimiento pensional cuando expiró el término inicialmente pactado conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, buena fe, compensación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado del conocimiento, Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, decidió el litigio a través de la sentencia No.253 de 2 de

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01

Julio de 2019, por medio de la cual resolvió Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante e impuso costas al demandante.

APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación que se decide, con base en los siguientes argumentos:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda. Si bien, no se ha cumplido con el tiempo de edad para pensión, sin embargo, citando sentencia de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, una cosa es la vigencia y otra la permanencia de los derechos convencionales; el demandante adquirió el derecho al momento del despido, la edad es requisito de exigibilidad.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia, y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- LA NORMATIVIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO No
1 de 2005

Acto Legislativo No. 1 de 2005, en lo que nos interesa,
señala:



“PARÁGRAFO 2º. A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones”.

“PARÁGRAFO TRANSITORIO 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

2.- PANORAMA

Un sindicato y el empleador firman antes de una reforma constitucional una convención colectiva donde establecen complementos a la seguridad social en pensiones; esa convención o cláusula no ha sido terminada, denunciada o modificada por acuerdo entre las partes, el sustento constitucional de esta cláusula se encuentra fundada en el artículo 55 de la Carta Política que permite la negociación colectiva, sin distinción de materia; desde el ámbito internacional tiene sustento en los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT, todos pertenecientes al bloque de constitucionalidad, siendo los dos primeros convenios esenciales según la Declaración de la OIT de 1998; existen varias recomendaciones y observaciones de los órganos de control de la OIT que le han pedido a Colombia que respete dichas convenciones colectivas e incluso que si puede acomodar la situación a 31 de julio de 2010, concediendo pensiones con base en el tiempo de servicio sin consideración a la edad.

Por otro lado, el Acto Legislativo No 1 de 2005 prohibió expresamente la negociación colectiva en pensiones, permitiendo la vigencia de las convenciones hasta el 31 de julio de 2010, salvo que tengan establecidas una fecha posterior; la sentencia SU 555/14 de la Corte Constitucional ha avalado esta interpretación señalando que respecto a las recomendaciones de la OIT no son obligatorias, pero existe un margen de apreciación nacional en los jueces para hacerlas compatibles con nuestro ordenamiento.



La finalidad de la medida constitucional fue la estabilidad del sistema de pensiones, finalidad que no se incumple por cuanto la pensión convencional no está a cargo del sistema; también se estableció como finalidad la estabilidad fiscal de las entidades estatales, el Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, con régimen legal propio, de naturaleza propia, de categoría especial (Ley 31/1992, artículo 1°), sus trabajadores se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 38 literal.

3.- MARGEN DE APRECIACIÓN

“El margen de apreciación debe ser comprendido como un reducto o criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la construcción de una regla de interpretación unificada¹.”

El margen de apreciación nacional se divide en dos; uno de carácter interno y otro de carácter externo. El primero podría ser definido como aquél que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de los principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Dice el autor citado que esto se presenta en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos.

El segundo, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de manera subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por el

¹ Barbosa Delgado, Francisco, Los límites a la doctrina del margen de apreciación nacional en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, Revista Derecho del Estado No26, enero-junio 2011, Universidad Externado de Colombia, página 110



Estado. Es un espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

Se debe notar que este margen se da frente a las restricciones o suspensiones de un derecho, no frente a la eliminación de un derecho, como lo hizo el AL No 1 de 2005, con la negociación colectiva en pensiones.

Los casos de suspensiones de derechos en el contexto de la Convención Americana se presentan frente a situaciones de guerra, peligro público y atentados contra la seguridad del Estado, suspensión que debe ser justificada y por tiempo determinado (Ver artículo 27).

Desde el ámbito internacional dice Barbosa Delgado², que las condiciones de existencia material del principio de proporcionalidad deben partir de la existencia de un objetivo conforme a las convenciones regionales de derechos humanos; tiene que ver con que las restricciones al derecho fundamental establecidas busquen uno o varios objetivos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

La negociación colectiva en pensiones tiene sustento en convenios internacionales del trabajo (87,98 y 154), y en el artículo 55 de la Carta Política; dentro de su núcleo esencial se encuentra la negociación voluntaria y libre, lo que comprende las materias que indiquen las partes de la misma, sin intervención del Estado, componente desconocido en el AL No 1 de 2005, al suprimir, ni siquiera limitar o suspender la posibilidad de concertar complementos a la seguridad social.

La necesidad de la medida dice el autor citado³, implica la existencia de una necesidad social imperiosa y para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna, sin que la noción de necesidad se deje al arbitrio del Estado para que en virtud de su margen de apreciación nacional determine su contenido, sino por el contrario, debe entenderse que no debe el Estado poseer ninguna alternativa de menor gravedad frente al derecho intervenido. “En síntesis, la condición de necesidad dentro del juicio de proporcionalidad obliga al Estado a escoger la medida que busque un

² Obra citada, páginas 123 y 124.

³ Obra citada, pagina 124



objetivo previsto conforme a las convenciones regionales de derechos humanos. Para que la medida sea tomada debe previamente estudiarse todos los medios alternativos de menor impacto frente al derecho restringido que conduzca a cumplir el objetivo trazado por la medida⁴⁴.

En efecto, frente a las convenciones colectivas firmadas por los actores de un conflicto colectivo existían mecanismos diferentes a la supresión de las mismas, para cumplir el eventual fin de establecer un equilibrio de las empresas particulares, verbigracia, que las pensiones se sometan a conmutaciones o subrogaciones por seguros, fondos de pensiones voluntarias, cotizaciones; ora, se renegociaran terminándose de manera consensuada.

Como existe el pronunciamiento de la Corte Constitucional y en aras de respetar el precedente, el margen de apreciación como se explicará puede consistir en conceder la prerrogativa pensional considerando el tiempo de servicios, el cual debe cumplirse hasta el 31 de julio de 2010, siendo la edad una condición de exigibilidad, como lo ha sugerido la OIT.

Desde el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, la negociación colectiva en pensiones tiene su sustento en la libertad sindical (artículo 16), derecho de propiedad privada (artículo 21), desarrollo progresivo (artículo 26).

La suspensión de garantías según el artículo 27, no supresión, solo se da en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, sin que se presente en el caso ninguna de estas circunstancias, ni la temporalidad que indica la norma, lo que implica que el margen de apreciación no solo es hasta el 31 de julio de 2010, sino con posterioridad.

La Justiciabilidad de derechos sociales por parte de la Corte Interamericana se puede observar en los casos Acevedo Buendía y otros Vs Perú, por ser una medida regresiva la que toma Colombia; el voto concurrente del Magistrado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso Suárez Peralta vs Ecuador, más recientemente el caso Lagos del Campo vs Perú de 31 de agosto de 2017.

⁴⁴ Obra citada, pagina 125.



En este último caso ratificó la Justiciabilidad del artículo 26 de la Convención al considerar que dicho Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción y en los términos amplios en que está redactada la Convención la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones; si bien, el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica en la parte I de dicho instrumento titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1. y 2 señalados en el capítulo I...

El margen de apreciación obedece a la lógica del principio de subsidiariedad que inspira una protección internacional, según García Roca⁵, lo que conlleva en principio a que, el juez o ente internacional no puede sustituir las decisiones nacionales, sin embargo, según el mismo autor, existen varias excepciones a la subsidiariedad⁶:

“a) Si la satisfacción o reparación de la lesión del derecho no se produjera por las autoridades nacionales. Un primer supuesto, que podemos llamar “consagración por la jurisdicción nacional de la lesión”; b) O si la reparación obtenida no se revelara idónea para la protección adecuada del derecho violado. Un segundo supuesto, que podemos caracterizar como la “reparación insatisfactoria del derecho violado”; C) En cambio, el Tribunal no debe intervenir si el Estado miembro asegura una protección reforzada o más intensa o, cuando menos, equivalente aunque no sea igual en términos de reciprocidad. Estos supuestos consisten, respectivamente, en “la sobreprotección nacional” frente a los estándares internacionales o, cuando menos, la obtención por las autoridades internas de una “protección equivalente”; y si la idea de equivalencia indujera a confusión, podríamos llamarle “protección suficiente”.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia SU 146 de 2020, reiteró lo dicho en la sentencia C-101 de 2018, sobre el Margen de Apreciación Nacional lo siguiente:

⁵ García Roca, Javier, el margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cuadernos Civitas, THOMSON REUTERS, Madrid, 2010, página 93 a 95

⁶ Obra citada, página 100



“ En este sentido indicó que, por ejemplo, la doctrina del margen de apreciación⁷ en una aplicación nacional, aportaba importantes elementos de análisis para considerar el proceso de armonización entre el orden interno y los estándares internacionales de derechos humanos, que, al mismo tiempo, respetara (i) los procesos democráticos, (ii) la maximización de la garantía de los valores superiores y (iii) las particularidades de los diseños normativos de los estados. Una herramienta como la mencionada, continuó, no se convierte en un espacio de arbitrariedad para el Estado en su compromiso por respetar la Convención, pues la actuación debe guiarse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al tiempo que potencializa la figura del bloque de constitucional, bajo la idea de un “diálogo transjudicial entre los diferentes órganos que interactúan de manera interdependiente y no bajo estructuras jerarquizadas o verticales.”

La tesis que se pregona en esta sentencia busca conjugar la aplicación del derecho internacional con el derecho interno, procurando para el caso concreto una protección suficiente, aunque para otros eventos podemos estar en los casos de la jurisdicción nacional de la lesión, o de reparación insatisfactoria, según los eventos concretos.

Es de suma importancia traer a colación la sentencia SU-555 de 2014, de la cual se pueden extraer los siguientes aspectos:

a) La primera frase del párrafo transitorio 3° *“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de la vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”*, protege tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del A.L. No 1 de 2005, señalando que seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo (fundamentos 3.4.3.4., 3.7.2., 3.7.4.2.)-

⁷ Común en el contexto del Sistema Regional europeo de Derechos Humanos, tal como lo muestra la providencia C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Es de indicar que como elementos de aplicación de esta doctrina, la providencia considera circunstancias de naturaleza intrínseca y circunstancias de naturaleza extrínseca. Entre las primeras, se encuentran (i) el acto interno que se analiza, (ii) el derecho regulado o restringido, (iii) la naturaleza de la obligación contenida en el Convenio y (iv) los intereses jurídicos en tensión. En el segundo tipo de circunstancias, la sentencia se refiere al consenso.



De un análisis del mandato constitucional descrito, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010, ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada en vigencia del AL estipularan como término una fecha posterior. (Fundamento 5. Conclusiones)

b). Con base en el principio de supremacía constitucional que conlleva al de interpretación conforme a la Constitución y al de eficacia de la misma, es posible concluir que quienes pretendan el reconocimiento de la pensión de jubilación de acuerdo con una convención colectiva cuyo término inicialmente pactado es anterior a julio de 2005 pero que se renovó automáticamente durante varios años consecutivos por seis meses, sólo tendrán derecho a pensionarse si adquieren su derecho antes del 31 de julio de 2010.

No hay expectativa legítima, ni mucho menos un derecho adquirido, en aquella situación que surja después de la fecha límite señalada en el AL, 31 de julio de 2010.

c) Una vez entra en vigencia el AL No 1 de 2005, norma constitucional, quienes ejerzan la negociación colectiva tienen claro que existe un mandato de rango constitucional que no permite la inclusión de reglas de carácter pensional distintas a las de las leyes generales de pensiones.

d) Las recomendaciones de la OIT no hacen parte del bloque de constitucionalidad, recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales, pero no son instrumentos que obliguen a los Estados; conforme a las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000, T-603 de 2003, T-171 de 2011 y T-261 de 2012, sólo las recomendaciones proferidas por el Comité de libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración son vinculantes para el Estado colombiano. No obstante, tanto el gobierno como los jueces conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento



constitucional, y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas (Fundamento 3.5.3.).

El Comité de Libertad Sindical, en su informe, Colombia, Caso No 2434, informe 349 de 2008, ante denuncia de la organización sindical ATELCA, señaló:

“Recomendaciones del Comité

671. En vista de las conclusiones provisionales que anteceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:

a) en lo que respecta a los alegatos relativos a la limitación del derecho de negociación colectiva en virtud de la reciente adopción del acto legislativo núm. 01, de 22 de julio de 2005, que modifica el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social, el Comité:

i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento;

ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las



prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.”

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en la 80ª reunión de 2009, ratificó lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, cuando señaló:

“CONCLUSIONES En lo que respecta a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, en particular en relación con la prohibición general de establecer un régimen pensional distinto al establecido en el régimen general de pensiones, el Comité pidió al Gobierno que, con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realizara consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones o esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.

La Comisión recuerda en el mismo sentido que ha estimado el Comité que las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio; como método particularmente adecuado para remediar a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva (véase Estudio General de 1994, Libertad sindical y la negociación colectiva, párrafo 250)”.

La Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación No 85 de 2014. Informe III (Parte 1 A)-104ª Reunión de la CIT, señaló:

“Artículo 5, b) Materias abarcadas por la negociación colectiva. Exclusión de las pensiones. La comisión toma nota de que la CUT, la CTC, el SINTRAEMCALI y la ANEBRE denuncian la persistente exclusión del tema



*pensional del ámbito de la negociación colectiva, consecutiva a la reformas del artículo 48 de la Constitución de Colombia por el Acto Legislativo No 1 de 2005. La comisión toma nota de que el Gobierno indica en su memoria que: i) el acto legislativo núm. 01 de 2005 no compromete la esencia de la negociación colectiva porque se refiere a un asunto diferente de la regulación de las condiciones de trabajo o empleo o de las relaciones obrero/patronales; ii) la reforma constitucional de 2005 garantiza la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema general de Pensiones; y iii) la reciente sentencia núm. 555, de 24 de julio de 2014, de la Sala Plena de la Corte Constitucional confirma que las cláusulas convencionales que contenían provisiones de carácter pensional expiraron el 31 de julio de 2010 con el debido respeto de los derechos adquiridos de las personas que cumplían con los requisitos de acceso a la pensión convencional en el momento de la entrada en vigor de la reforma y por las expectativas legítimas de aquellos trabajadores que cumplen dichos requisitos al 31 de julio de 2010. **A este respecto, la Comisión pide al Gobierno que indique si esta sentencia permite acuerdos con los sindicatos titulares de convenios colectivos con cláusulas en materias de pensiones antes del 31 de julio de 2010 para acomodar la situación de los trabajadores que sólo hayan cumplido una parte de los requisitos de acceso a la pensión convencional, especialmente cuando las cotizaciones pagadas han sido superiores a las del régimen actual.***

“La Comisión recuerda que el establecimiento por la ley de un sistema general y obligatorio de pensiones es compatible con la negociación colectiva a través de un sistema complementario. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que, en consulta con los interlocutores sociales representativos, tome las medidas necesarias para que no se prohíba que las partes en la negociación colectiva puedan tanto en el sector privado como público, mejorar las pensiones a través de prestaciones complementarias, cuando ello sea posible desde el punto de vista presupuestario para las empresas e instituciones públicas. La comisión pide al Gobierno que informe de toda evolución al respecto y le recuerda que puede solicitar la asistencia técnica de la Oficina.”

En otro aparte de dicha observación, se dice:



“Por otra parte, la Comisión observa que el decreto núm. 160 sigue excluyendo las pensiones tanto en el ámbito de la negociación como del ámbito de la concertación. La Comisión aborda esta cuestión en el marco del examen de la aplicación del Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

Recientemente y en el mismo sentido, se puede consultar el caso 2958 de 2016 de la USO contra Colombia, donde la OIT ratifica lo dicho en el caso 2434 de 2008.

A partir del cambio de posición jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el valor de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, al establecer que no son obligatorias, empero, que los jueces **conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional, y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas**, considera la Sala que una forma de compatibilizar dichos pronunciamientos para el caso de las pensiones, consiste en aceptar que el tiempo de servicio sea el generador o causador de la pensión; que el tiempo de servicio que exige la convención colectiva debe cumplirse antes del 31 de julio de 2010; que la edad no es requisito de causación, si no de disfrute; que dentro de nuestro ordenamiento jurídico es permitida la concesión de pensiones con el tiempo de servicio y sin la edad, tal como la pensión por retiro voluntario que reguló la Ley 171 de 1961, artículo 8, el mismo artículo 260 numeral 2 del CST, hoy derogado, pero vigente al momento en que se expidió la norma convencional (1973), señalaba: “El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio”; así mismo se han establecido en convenciones colectivas, la posibilidad de pensionarse con el tiempo de servicio, siendo la edad requisito de exigibilidad, porque es de la esencia de la pensión convencional, el trabajo durante el lapso establecido en la mismas; la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha acepado este tipo de pensiones, con el tiempo de servicio, siendo la edad un requisito de disfrute, verbigracia, Sentencias de 22 de enero de 2013, radicación 42703, SL 899-2013, rad 39569 de 4 de diciembre de 2012, de 27 de febrero de 02013, radicación 38024, de 8 de mayo de 2013, radicación 42041, SL 8232-2014,



SL 8431-2014, 8243-2014, SL 2733 de 2015, 24 de octubre de 1990, radicación 3930, de 28 de abril de 1998, radicación 10548 de 23 de junio de 1999, radicación 11732, de 24 de enero de 2002, radicación 17265, 14 de agosto de 2002, radicación 16748, radicación 43701 de 2013; **recientemente en sentencia SL 526/18 se definió la edad como un requisito de exigibilidad, dándose la causación con el tiempo de servicio, mismo que al acreditarse con anterioridad al 31 de julio de 2010, siendo preciso indicar que en este evento el demandante cumplió la edad el 3 de octubre de 2010; en la SL 289 de 2018, el demandante cumplió la edad el 15 de abril de 2011.** Se debe acotar que, los casos analizados por la Corte se refieren a pensiones por retiro voluntario de tipo convencional y legal, donde se reconoce que la pensión se causa con el tiempo, resaltando que la doctrina referente a la edad como requisito de disfrute no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, por ello, es aplicable la misma al caso analizado por vía de citación analógica.

En la sentencia radicación 42703 de 22 de enero de 2013, SL899-2013, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, analizó el caso en el que se estableció una pensión de jubilación proporcional con expresiones semejantes a la aquí señaladas, pues la cláusula establecía "...Los empleados que presten o haya prestado diez (10) años o más de servicios y menos de veinte (20) años, tendrán derecho a la jubilación proporcional según el tiempo de servicio, cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) para las mujeres...", considerando que en este caso se requería únicamente del tiempo de servicios para acceder a la pensión, siendo la edad condición de exigibilidad; advirtiendo que la edad y el tiempo de servicios son condiciones sine qua nom en las pensiones de jubilación legales, más no en las restrictivas, criterio que debe entenderse de las convencionales.

En la aclaración de voto a la sentencia SL 526/18 de la Magistrada Dra. Clara Celia Dueñas Quevedo, se observa la esencialidad del tiempo de servicios y no la edad como elemento estructurante de la pensión:

"...En tal dirección, es relevante destacar que los derechos pensionales gozan de la particularidad de que se conceden para



compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, el eje central de esta prestación es el tiempo de servicios o número de años de trabajo, ya que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura y natural al ser humano que escapa a su dominio sobre sí mismo.”

“Específicamente, en el marco de las relaciones de trabajo, es un hecho usual, que las prestaciones pensionales se ofrezcan a los trabajadores como un aliciente a la prestación continua de los servicios personales en favor de una empresa, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad empresarial”

“Por este motivo, la interpretación de las disposiciones convencionales de índole pensional debe realizarse de acuerdo con sus características y su finalidad, esto es, que por regla general la edad puede cumplirse en cualquier momento, ya sea en el decurso de la relación laboral, a menos que las partes acuerden lo contrario”.

Ahora bien, acudiendo a la Observación General de 2014, tenemos Bajo la modalidad proposicional, pregunta retórica, La CEACR, no le está preguntando al gobierno colombiano, si es factible conceder la pensión con un gran número de años de servicios, sino que está afirmando la posibilidad de que se acepte que el gran número de semanas laboradas, en realidad constituya el elemento determinante de un derecho adquirido a la pensión convencional.

Irving M. Copi y Carl Cohen, en su obra introducción a la lógica, editorial Limusa, México, 2003, página 27, enseñan sobre la pregunta retórica:

“...Este ejemplo muestra también que las proposiciones se pueden afirmar en forma de preguntas retóricas, que se usan para hacer afirmaciones más bien que para plantear preguntas, aun cuando se expresan en forma interrogativa”



En la segunda edición de la misma obra, los autores antes citados, señalan que la pregunta retórica, es aquella cuya respuesta se asume que es obvia⁸.

Después de presentar críticas a este tipo de preguntas como integrantes de una premisa de un argumento, señalan los mismos autores⁹:

“Sin embargo, una pregunta genuinamente retórica que funja como premisas puede ser ingeniosa, puesto que conduce a los lectores u oyentes a dar la respuesta aparentemente evidente para ellos, haciendo así más persuasivo el argumento.

La anterior Observación de la CEACR, debe concordarse con la Sentencia SU-241 de 2015, en la que la Corte Constitucional le da a la convención colectiva el carácter de norma y no de una mera prueba, aplica el principio de favorabilidad, en un caso en el que se concede la pensión con el tiempo de servicios, siendo la edad requisito de disfrute.

Por vía del principio pro homine, resulta más adecuado entender que la interpretación más favorable debe darse en todo caso, para lo cual debemos sostener que la pensión convencional, como derecho tiene un sustento constitucional, verbigracia artículo 53, 55 y 93 de la Carta Política, en armonía con los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT, para que se cumpla un requisito del pro homine, en cuanto a la pertenencia al bloque de constitucionalidad de los derechos en juego.¹⁰

También se armoniza la situación con el denominado núcleo esencial de la negociación colectiva previsto en el artículo 55 de la Carta Política, en armonía con los aludidos convenios 87, 98 y 154, que establecen tres componentes básicos de ese núcleo, a saber: a) negociación libre y voluntaria; b) libertad para decidir el nivel de negociación y; c) buena fe, principios que hacen parte del núcleo intangible del aludido derecho.

Ahora bien, la Observación General comentada, si bien, no emana del Comité de Libertad Sindical, no es menos cierto que, ratifica lo que

⁸ Copi, Irving M., Cohen Carl, Introducción a la Lógica, segunda edición, editorial Limusa, página 38, México 2014.

⁹ Copi, Irving M., Cohen Carl, Introducción a la Lógica, segunda edición, editorial Limusa, página 39.

¹⁰ver condiciones del pro homine, en Oliver Galé. Carlos Alberto, obra citada página 60.



ha expresado dicho Comité sobre el caso Colombia en materia de negociación colectiva en pensiones, por ende, el margen de apreciación se puede predicar tanto de la Recomendaciones de la OIT como de la Observación General de la Comisión.

La interpretación dada, se ajusta a un margen de apreciación nacional, si se analiza que, las pensiones convencionales se generan por el tiempo de servicio a la empresa y la edad es un hecho natural que escapa al dominio del hombre.

Por otra parte, la Sala Laboral de Descongestión No 2 de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de agosto de 2020 SL3407-2020, radicación 78551 avaló la tesis de que la pensión se causa con el tiempo de servicios, ya que la edad es requisito de exigibilidad.

También la Sala Laboral de la Corte en sentencia de 26 de agosto de 2020, SL3343-2020, Radicación No 78303, Magistrada Ponente Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, analizando la convención del extinto ISS, señaló: *“Al respecto, es relevante destacar que, en este caso, a la luz de la lectura de la cláusula convencional (art. 98), el derecho pensional allí consagrado goza de la particularidad de que se concede para compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, la Sala considera que el eje central de tal prestación es el tiempo de servicios, toda vez que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura, connatural al ser humano.”*

“Específicamente, en el marco de las relaciones de trabajo, es un hecho usual, que las pensiones se ofrezcan a los trabajadores como un aliciente a la prestación de los servicios personales en favor de un empleador, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad con aquel.”

4.- EL CASO CONCRETO

El señor Luis Guillermo Arango Morales demandó a EMSIRVA ESP, con el fin de que se le reconozca, liquide y cancele la pensión de jubilación convencional de conformidad con los artículos 87 y 98 de la Convención

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01

Colectiva de Trabajo única suscrita entre EMSIRVA ESP y SINTRAENSIRVA, pactada para el año 2004-2007.

Se encuentra demostrado que, el actor laboró para la demandada desde el 15 de julio de 1992 hasta el 25 de marzo de 2009; "...vinculado mediante contrato a término fijo, del 15 de julio de 1992 al 28 de septiembre de 1992. Nombrado mediante Resolución No 02591 del 29 de septiembre de 1992, en el cargo de revisor V, promovido mediante Resolución No 01450 del 10 de marzo de 1993 al cargo de profesional I, adscrito a la Oficina Jurídica desde la fecha de la resolución y vinculado mediante Contrato Individual de Trabajo a Término Indefinido del 28 de Octubre de 2004 hasta el 25 de marzo de 2009, fecha en la cual EMSIRVA fue liquidada..." (folio 13), para un total de 16 años, 8 meses y 10 días; para el Banco cafetero según consta en formato de información laboral 1 desde el 3 de septiembre de 1979 al 2 de julio de 1989, es decir, 9 años, 9 meses y 29 días (folio 93): En total para entidades estatales, laboró 26 años, 6 meses y 9 días. Igualmente, está acreditado que el actor era beneficiario de la convención colectiva de trabajo que regía en la empresa, pues pertenecía al sindicato SINTRAEMSIRVA ESP, firmante de la convención a nombre de los trabajadores.

No es de recibo el argumento planteado por la demandada acerca de que el tiempo laborado en el Banco Cafetero no era en condición de trabajador oficial, pues, si se analiza este tiempo fue entre 1979 y 1989 cuando la entidad era una Empresa Industrial y Comercial del Estado conforme a lo dispuesto por el Decreto 886 de 1969, mutando a Sociedad de Economía Mixta mediante Decreto 1748 de 1991. En ese orden de ideas, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 establece que los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del estado son trabajadores oficiales.

La convención colectiva de EMSIRVA ESP, fue firmada el 23 de diciembre de 2003 y regía desde el 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, según el artículo 7 (folio 93).



El artículo 87 de la aludida convención colectiva de trabajo, establece:

“EMSIRVA E.S.P. jubilará a los trabajadores (as) oficiales con veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial y que hayan cumplido cincuenta y tres (53) años de edad”.

“Esto sin perjuicio de aquellos trabajadores (as) que tengan derecho adquirido de jubilación especial vigente en la empresa.

“El valor de la mesada corresponderá al porcentaje igual estipulado por la ley.”

“PARÁGRAFO. Todos los trabajadores que ingresen al servicio de la empresa a partir del primero (1°) de enero de 1995, se registrarán por el régimen de pensiones establecido en la ley 100/93 y sus derechos reglamentarios. Se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.”

El demandante, nació el 7 de diciembre de 1958, lo que quiere decir que cumplió los 53 años exigidos por la convención colectiva de trabajo, el 7 de diciembre de 2011, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Pese a lo anterior el tiempo de servicios lo cumplió los 20 años de servicios al sector oficial el 16 de septiembre de 2002, es decir, con anterioridad a la expedición del acto Legislativo No 1 de 2005.

Así las cosas, se revocará la sentencia apelada y en su lugar, se declararán infundadas las excepciones planteadas por la demandada de inconstitucionalidad de cualquier reconocimiento pensional, pérdida de vigencia de los derechos pensionales convencionales e improcedencia de reconocimiento pensional cuando expiró el término inicialmente pactado conforme a la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Se declarará fundada en forma parcial la excepción de prescripción.

Respecto a la prescripción, se tiene que, el 26 de octubre de 2018 presentó reclamación administrativa (folios 96 a 100), la cual fue

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01

resuelta en forma negativa el 2 de enero de 2019 (folios 103 y 104), por ende, se encuentran prescritos las mesadas anteriores al 26 de octubre de 2015.

De acuerdo con la convención colectiva de trabajo, la pensión de jubilación corresponde al porcentaje igual estipulado por ley, expresión que amerita darle el alcance del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, esto es, el porcentaje se obtiene a partir de la fórmula $r=65.50-0.5s$, sin que la pensión sea superior al 80%; el IBL se obtiene a partir del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sea con el IBL de toda la vida o de los últimos 10 años al contar con más de 1.250 semanas.

Las sumas adeudadas deben ser indexadas al momento del pago.

La entidad demandada deberá realizar el recobro de las cuotas partes a las entidades estatales a las que prestó servicio el demandante, si fuere procedente.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, La sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada de 2 de julio de 2019, emanada del Juzgado Séptimo Laboral de Cali y en su lugar, se declararán infundadas las excepciones de inconstitucionalidad de cualquier reconocimiento pensional, pérdida de vigencia de los derechos pensionales convencionales e improcedencia de reconocimiento pensional cuando expiró el término inicialmente pactado conforme a la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema. Se declara parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas anteriores al 26 de octubre de 2015. La pensión será compartida con la

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01

que reconozca COLPENSIONES, en caso de que la pensión convencional sea mayor que la pensión legal, asumiendo la demandada el mayor valor.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a EMSIRVA ESP en liquidación a cancelarle al demandante, señor LUIS GUILLERMO ARANGO MORALES la pensión de jubilación convencional a partir del 26 de octubre de 2015, teniendo en cuenta el IBL que le sea más favorable, toda la vida o los últimos 10 años; el porcentaje se determinará por la demandada con base en el artículo 34, bajo la fórmula $r=65.50-0.5s$, sin que la pensión sea superior al 80%. Las diferencias adeudadas deben ser indexadas al momento del pago. El demandante tiene derecho a 13 mesadas

TERCERO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante. Agencias en derecho en segunda instancia \$1.000.000.00. Las de primera instancia serán tasadas por el a quo.

CUARTO: Por secretaría remítase copia de esta sentencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

NOTIFIQUESE POR MEDIO VIRTUAL EFICAZ.

Se firma por los magistrados que integran la Sala,

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Luis Guillermo Arango Morales
C/ Emsirva E.I.C.E. E.S.P.
Rad. 007-2019-00091-01



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b780b2d941541a60070d361c21c970fb354a9837b7ed9229a0595f5d83411468

Documento generado en 19/02/2021 08:20:04 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>