

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JORGE ELIÉCER FAJARDO CHARRIA
DEMANDADO	EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 002 2016 00607 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN PARTE DEMANDANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	Indexación de la primera mesada pensional
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.187

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°008 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver RECURSO DE APELACION presentado por la parte demandante contra la sentencia No. 092 del 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Toda vez que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA no obtuvo los votos necesarios para su aprobación en Sala de discusión, se dispuso la remisión del proceso a este despacho para su elaboración mediante Auto de sustanciación No. 467 del 01 de julio de 2021, remitido a este despacho el 15 de julio de ese mismo año, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ELIÉCER FAJARDO CHARRIA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **EMCALI EICE ESP** con el fin de que: **1)** Se ordene el reconocimiento en su favor de la indexación de los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la primera mesada pensional. **2)** En consecuencia, se reconozca el retroactivo por reajuste pensional debidamente indexado y, **3)** Las costas procesales.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda y la subsanación visibles a folios 6 a 14 y 42 a 50, al igual que en la contestación aportada a folios 65 a 86.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 092 del 20 de abril de 2018, decidió absolver a **EMCALI** de las pretensiones incoadas con la demanda. Por último, condenó en costas a la parte demandante.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que, si bien Jurisprudencialmente estaba aceptada la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, incluso para prestaciones de índole convencional, en el caso del demandante no existió solución de continuidad entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión, evidenciándose con ello que no se produjo depreciación que hubiere afectado los intereses del pensionado, por lo cual no tienen vocación de prosperidad las pretensiones. Soportó su decisión en decisiones de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, entre ellas, la Sentencia No. 538 del 6 de diciembre de 2016 con ponencia del Magistrado Dr. Germán Varela Collazos.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **PARTE DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, insistiendo en la procedencia de lo pretendido en la demandante, pue en su criterio, los salarios causados entre noviembre – diciembre de 1997, tenidos en cuenta para calcular la pensión reconocida y pagada en el año 1998, debidamente indexados, ascienden a \$1.574.995, que promediados con el salario de este último año \$1.338.323, arrojan un IBL de \$1.358.703, suma a la cual, aplicándose una tasa de reemplazo del 90%, muestra una mesada de \$1.222.833. Con base en ello, expuso, quedó claro que no debe transcurrir un tiempo sustancial entre la fecha de retiro del servicio y el reconocimiento de la pensión, por cuanto, solo basta que al liquidar la prestación se incluyan salarios de un año anterior para que estos deban ser indexados. En ese sentido, enfatizó en la obligación de la demandada de reconocer la pensión actualizando la base salarial, e igualmente debe indexar las sumas que resulten del reajuste de la prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto No. 467 del 01 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de **EMCALI** y la **PARTE DEMANDANTE** los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 ED tribunal, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a establecer si el señor **JORGE ELIÉCER FAJARDO CHARRIA**, tiene derecho a la indexación de los salarios que sirvieron de base para la liquidación de su primera mesada pensional.

En caso positivo, habrá de verificarse el monto adeudado por retroactivo de las diferencias pensionales, previo estudio de la excepción de prescripción formulada por la entidad, y la indexación de las sumas resultantes.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A del CPTSS la decisión en esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003.

Inicialmente se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que a través de la Resolución No. 0408 del 8 de abril de 1999 **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, reconoció la pensión de jubilación al señor **JORGE ELIÉCER**

FAJARDO CHARRIA a partir del 30 de noviembre de 1998, en cuantía de \$1.204.500 con base en la CCT 1996-1998, obtenida del 90% de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios (f. 15 a 17 Archivo 01 ED).

- (ii) Que mediante la Resolución No. 1759 de 2009, el extinto ISS reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 11 de noviembre de 2008, con una mesada de \$2.277.475, prestación con el carácter de compartida con la jubilación reconocida por **EMCALI** (f. 18 a 19 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el 18 de abril de 2016 el demandante solicitó a **EMCALI** la indexación de los salarios que sirvieron de base para la liquidación de su pensión, y de esa manera reajustar su pensión de jubilación, reclamo negado por la entidad mediante Oficio 832-DGL-2320 del 6 de mayo de 2016 (f. 20 a 25 Archivo 01 ED).

DE LA INDEXACIÓN DE PRIMERA MESADA

Respecto de la figura de la indexación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹ ha adoctrinado que: (i) la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferencia al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

En efecto, dicha Corporación ha explicado que al igual que las pensiones reconocidas en vigencia de la Constitución Política, aquellas pensiones que se causaron con antelación a la Carta Política podrán ser indexadas, ello en razón a que éstas últimas también se veían impactadas por los efectos deflacionarios de la economía del país, por lo que imponer una diferenciación entre las citadas pensiones resulta contrario a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, Convenio 11 de la Organización Internacional del trabajo aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado por Colombia el 4 de marzo de 1969, teniendo en cuenta por demás claros principios vigentes antes de la expedición de la Carta Política como el de equidad, justicia y principios generales del derecho que permiten la actualización de las obligaciones.

A su vez, la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012 señaló que “*No existe ninguna razón constitucionalmente válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, cuando todos se encuentran en la misma situación y todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria.*”

Sobre el tema de la indexación la Guardiana de la Carta ha establecido que esta figura se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada, entre las que se cuentan por supuesto, las obligaciones laborales. Ha expresado la Corte que en la medida en que la inflación produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda, la actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación.

¹ CSJ SL736-2013 reiterada en sentencia SL20779 del 6 de diciembre de 2017.

Conforme a la jurisprudencia reseñada es posible colegir que, sin importar la modalidad u origen de la pensión, sea legal o extralegal, así como la época de su causación y normativa vigente para ese momento, todo pensionado tiene derecho a que su mesada pensional no se vea afectada por la desvalorización de su capacidad adquisitiva producto de la inflación, lo que se garantiza a través de la indexación.

A este respecto cabe precisar que lo analizado por el Alto Tribunal en punto a la indexación de la primera mesada hace relación a que la pensión calculada a la fecha de retiro del servicio sea llevada a valor presente, considerando la fecha de causación del derecho pensional.

Sin embargo, con la misma fundamentación que se habilita la indexación del monto pensional cabe predicar que el cálculo del ingreso base de liquidación, con el promedio de salarios devengados en un periodo que abarque distintas anualidades también amerita la actualización de esos salarios, porque de un año a otro se evidencia que sufren el deterioro derivado de la inflación, lo que fue corregido con la ley 100 de 1993 que dispone la indexación no de la pensión, sino de los salarios base de liquidación de la prestación, con la variación anual del IPC, lo que abarca todos los periodos de cotización, incluso aquellos percibidos durante el año inmediatamente anterior a la fecha de causación de la pensión, como procede según la actualización que prevé la ley 100 supra.

Por la vía de la actualización de los salarios base de liquidación, se garantiza que los ingresos devengados que sirven de base para liquidar la prestación sean considerados en su valor real actualizado, y no solamente el promedio de ellos, dado que cuando se involucran salarios percibidos en anualidades anteriores, estos ingresos tienen una afectación que no se conjura con la mera actualización del promedio final.

Ahora bien, el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre otras, en sentencia SL 2413-2020 ha estimado contrario a lo antelado, que tal prerrogativa solo resulta viable “(...) cuando quiera que entre el retiro del servicio y el goce de la prestación media un término considerable que en verdad altera el valor real de la prestación, lo cual se sabe no se calcula mes a mes, dado que el ingreso mensual se reajusta por anualidades, de manera que, la dicha indexación igualmente se calcula transcurrida por lo menos el término suficiente para que se haya menguado en ingreso base de su liquidación en su real valor (...)”.

En este sentido se viene pronunciando la Sala de tiempo atrás, como se advierte en la sentencia SL5509-2016 (rad. 45534), cuando señaló:

“(...) Además, esta Sala de la Corte, asentó en sentencia, CSJ SL, 12 ago. 2012, rad. 46832, que no en todos los casos la indexación del IBL opera de manera automática, toda vez que habrá de determinarse, en cada caso, si existe una desmejora real de aquél, que justifique su procedencia o no, así:

(...)

*Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el mismo Tribunal, la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, **para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión**, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia, es decir, en las sentencias de 20 de abril de 2007 (Rad. 29470) y 31 de julio del mismo año (Rad. 29022), (...).*

*Sin embargo, es precisamente a partir de la finalidad de la corrección monetaria de las pensiones, que puede sostenerse que no en todos los casos ... se deberá aplicar de manera automática e inexorable dicha figura, toda vez que habrá que determinar si en el asunto concreto el objetivo de aquélla se materializa, **al existir una desmejora***

real del valor del IBL que justifique la procedencia de la misma o si, por el contrario, al no verificarse la depreciación de la base salarial no tendría cabida. (...).
(Negrilla y Subraya de la Sala).

Este criterio ha sido reiterado en múltiples sentencias, a saber, CSJ SL 5 jun 2012, rad.51403, CSK SL 698-2013, CSJ SL 41106-2014, SL 1361-2015, CSJ SL 13076-2016, CSJ SL 3191-2018, CSJ SL2880-2019, CSJ SL 649-2020 entre muchas otras, refiriéndose en la última en punto al tema del ingreso base de cotización:

“[...] esta Sala de tiempo atrás ha precisado que ello es improcedente en tales eventos, bajo el entendido que en esas circunstancias el IBC no sufre la pérdida del poder adquisitivo, por cuanto no discurre tiempo considerable entre la terminación del vínculo y el disfrute de la prestación (...)”.

Si bien quien presenta esta ponencia, en providencias anteriores y en casos análogos ha adoptado la posición en punto a la procedencia de la indexación de los salarios y primas devengadas en el último año de servicio de los ex trabajadores de **EMCALI**, teniendo en cuenta para ello que al realizar el análisis matemático de la situación se advierte que en efecto, sí se da la afectación del ingreso, por la devaluación monetaria que sufren los valores percibidos de un año a otro, lo que se evidencia incluso cuando la prestación se percibe al día siguiente del retiro, pues lo relevante es la época para la cual se devengó el ingreso que debe tomarse para el promedio, lo que incide en el monto de la mesada pensional; en consideración a decisiones de tutela emitidas en casos análogos por la Corte Suprema de Justicia, que han declarado procedente la tutela contra el despacho por esa posición, y se ha fijado como decisión a adoptar que no procede la indexación en tales eventos, exhortando al despacho a que se acate tal precedente; además para salvaguardar principios como la igualdad y seguridad jurídica, se procede a resolver el presente asunto con apego al precedente vertical.

Es así como, en observancia de la férrea línea fijada por la Corte Suprema frente al tema, se debe atender que la actualización de los salarios usados para calcular el ingreso base de liquidación de una pensión reconocida al día siguiente de la terminación de la relación laboral es improcedente.

En ese orden de ideas, al descender al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que a al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte de **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** en cuantía de \$1.204.500, a partir del 30 de noviembre de 1998 (f. 15 a 17 Archivo 01 ED), tomando como base para liquidar la prestación, los salarios y primas devengados por el señor **FAJARDO CHARRIA** en el último año de servicio, esto es, del 30 de noviembre de 1997 al 29 de noviembre de 1998 (f. 92 Archivo 01 ED), pues trabajó hasta la última fecha en mención.

En ese sentido, conforme a lo expuesto por el fallador de primer grado, se tiene que entre la fecha de retiro del trabajador y la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, transcurrió tal sólo un día, conclusión que se estima acorde con la jurisprudencia del Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, atinente a que los valores usados para liquidar la prestación no sufrieron pérdida del poder adquisitivo, se itera, por no mediar espacio temporal entre el último salario devengado y el retiro del servicio.

Nótese que al demandante le fue otorgado el derecho e inició su disfrute al día siguiente de haberse retirado del servicio, lo cual ocurrió el 30 noviembre de 1998, liquidada con aquellos factores devengados por aquel desde el 30 de noviembre de 1997 hasta el 29 de noviembre de 1998, resultando improcedente la indexación pretendida en la demanda, conforme a la postura de la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral.

Por las razones expuestas se debe confirmar la sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, las cuales se fijan en la suma de \$50.000.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 092 del 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, las cuales se fijan en la suma de \$50.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma (para el sistema de firmas judiciales)

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

07



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO DE VOTO

Por medio del presente, procedo a consignar las razones de mi salvamento en la ponencia que me fue derrotada:

“La sentencia Apelada debe **REVOCARSE**, son razones: Encontrar la Corporación ajustado a derecho la indexación de las pensiones (SU) y además la potenciación de las mismas, con prescripción, veamos.

Para el caso en concreto se estima que al momento de construir el promedio del último año se debió tener en cuenta la indexación de los salarios cotizados en ese periodo del último año de servicio hasta la fecha de la causación del derecho, pues contrario a lo afirmado por la instancia, como quiera que para el actor este periodo está comprendido entre el **30 de noviembre de 1997 al 29 de noviembre de 1998**, claro es que hubo afectación de la inflación sobre los salarios del **año de 1997**, método que se utiliza conforme a la actualización propia de la ley 100 de 1993, a pesar de su origen convencional, así también lo ha manifestado la CSJ SL en sentencia Rad. 35311 del 03 de diciembre de 2008.

Por lo tanto es deber del operador judicial aplicar el mandato constitucional de indexación de los mismos, no hacerlo resultaría antijurídico, pues su soporte no solo está consagrado en nuestra carta magna como derecho positivo, sino en los mandatos internacionales reconocidos igualmente como tal (**C.N Art. 93,94, ley 32 de 1985 que ratifica la Convención de Viena**) cuando al tratar el tema de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derecho laboral y de Seguridad Social dispone dar aplicación al principio pro-homine, del que también vienen haciendo uso las Altas Cortes Nacionales.

Teniendo en cuenta lo anterior y que para el año **2009** el ISS viene reconociendo una pensión (fl. 17) que es compartida con la de EMCALI, una vez verificada por la Sala las operaciones del caso, se tiene que la actualización de los salarios base de liquidación de la pensión sí resultan significativos para el valor final de la mesada pensional, dado que al **30 de noviembre de 1998** se obtiene una mesada por la suma de **\$1.299.025**, la que para el **año 2009** fecha en que se reconoce la pensión del ISS hoy Colpensiones (**\$2'277.475**), asciende a la suma de **\$2.904.747**, cifra que incide en el mayor valor a pagar para esa fecha, que sería de **\$ 627.272**, sumas que resultan superiores a la reconocida por la demandada (fl. 15, 112), luego hay lugar a revocar la sentencia de instancia.

Sobre la excepción de prescripción de las diferencias pensionales cabe anotar que se encuentran probada parcialmente por causarse el derecho pensional el **30 noviembre de 1998**, radicarse la solicitud de reliquidación el **18 de abril de 2016** (fl.12) y presentarse la demanda el **20 de mayo de 2016** (fl. 1) cuando han transcurrido más de los 3 años de que trata el **art. 151 del CPTSS**, luego prescriben todas las diferencias pensionales causados hasta el **18 de abril de 2013**.

La condena de las diferencias pensionales da un retroactivo de **\$26.044.582** por la diferencia del mayor valor causado entre el **18 de abril de 2013 al 30 de septiembre de 2020** sobre 14 mesadas al año por ser una mesada causada con anterioridad **AL 01/2005**. El mayor valor por cancelar para el año 2020 es por la suma de **\$ 932.976**.

*Pero es del caso señalar que frente a la diferencia que presenta esta cifra con la anhelada en la demanda por aquello de carecer la corporación de facultades extra y ultra petita se condena a la entidad solo a pagar lo determinado en el recurso, vale decir, al pago de las diferencias pensionales atendiendo la cifra de **\$8.800.239** De ahí que entonces no pueda la Corporación atender las operaciones realizadas por esta sala sobre la indexación de la primera mesada de noviembre 1997 y los valores de 1998, pues nos resulta una suma diferente y superior a la que hoy le reconoce la empresa al demandante.*

*Por lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **RESUELVE:** ...”*

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: 355e8c5892b973816d3c2145a23737e29f13e05028602deaa159981b9d231196

Documento generado en 29/06/2022 04:19:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>