

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

| | |
|--------------------------|--------------------------------------------------|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | GUILLERMO MOSQUERA |
| DEMANDADO | EMCALI E.I.C.E. E.S.P. |
| LITISCONSORCIO | COLPENSIONES |
| PROCEDENCIA | JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI |
| RADICADO | 76001 31 05 018 2019 00311 01 |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN PARTE DEMANDANTE |
| TEMAS Y SUBTEMAS | Indexación de la primera mesada pensional |
| DECISIÓN | CONFIRMA |

SENTENCIA No.241

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACION presentado por la parte demandante contra la sentencia No. 001 del 21 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho 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. 508 del 15 de julio de 2021 (Archivo 06 ED Tribunal), recibiendo en el despacho el 15 de julio hogaño, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL identificada con T.P. No. 200.423 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES. Así mismo, se le reconoce personería al abogado ANDRES EDUARDO DUQUE MARTÍNEZ identificado con T.P. No. 286.569 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado de EMCALI EICE ESP.

ANTECEDENTES

El señor **GUILLERMO MOSQUERA** 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 condene a la demandada a la reliquidación de su pensión de jubilación con el respectivo pago del retroactivo por reajuste debidamente indexado y, **3)** Las costas procesales.

Mediante Auto No. 1746 del 6 de junio de 2019 el Juzgado de primera instancia vinculó como Litisconsorcio Necesario de la pasiva a **COLPENSIONES** (f. 46 a 47).

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 visible a folios 2 a 11, al igual que en las contestaciones aportadas por **COLPENSIONES** a folios 58 a 63 y **EMCALI** a folios 88 a 97 del expediente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 001 del 21 de enero de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y, en consecuencia, absolvió a **EMCALI** y a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en la demanda. Por último, condenó en costas a la parte demandante.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que, la figura de la indexación fue creada para contrarrestar los efectos negativos de la inflación, los cuales conllevan a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, solución definida por el Constituyente de 1991 en los artículos 48 y 53 CN, para aquellos pensionados o candidatos a pensionarse con el objetivo de proteger su derecho fundamental al mínimo vital, aplicándose a pensiones legales y extralegales. Sin embargo, precisó el Juzgador que a esta actualización hay lugar siempre que entre el momento de culminación de la vinculación y el reconocimiento de la pensión hubiese transcurrido un periodo considerable (SL3283/2019), condición que no se cumple en el caso en concreto, como quiera que no pasó ni un (1) día entre la finalización de la prestación del servicio, y el otorgamiento del derecho pensional.

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 por la demandante, citando apartes de la Sentencia T-953 de 2013 como sustento de su postura, pues en su criterio, 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, expuso que los salarios causados entre junio-diciembre de 1993, tenidos en cuenta para calcular la pensión reconocida y pagada en el año 1994, deben ser debidamente indexados conforme liquidación adosada con la demanda, ascienden a \$860.747, que promediados con los salarios de este último año \$702.032, arrojan un IBL de \$788.443, suma a la cual, aplicándose una tasa de reemplazo del 90%, muestra una mesada de \$709.599. Con base en ello, enfatizó en la obligación de la demandada de reconocer la pensión actualizando la base salarial, e igualmente de indexar las sumas que resulten del reajuste de la prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 15 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de **EMCALI**, **COLPENSIONES** y la **PARTE DEMANDANTE** los que pueden ser consultados en los archivos 03 a 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 **GUILLERMO MOSQUERA**, tiene derecho a la indexación de los salarios que sirvieron de base para la liquidación de su primera mesada pensional, y, por consiguiente, debe ordenarse la reliquidación de su pensión de jubilación.

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. 0072 del 1 de febrero de 1995, **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, reconoció la pensión de jubilación al señor **GUILLERMO MOSQUERA** a partir del 15 de junio de 1994, en cuantía de \$611.300 con base en la CCT vigente para la época, obtenida del 90% de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios (f. 13 a 17).
- (ii) Posteriormente, a través de la Resolución Boletín No. 1904 del 30 de mayo de 1996, **EMCALI** accedió a reliquidar la pensión del actor, fijando una mesada a partir del 15 de junio de 1994 en la suma de \$631.850 (f. 23 a 28).
- (iii) Que mediante la Resolución No. 7831 del 27 de mayo de 2005, el extinto ISS reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 10 de diciembre de 2004, con una mesada de \$1.343.656, prestación compartida con la jubilación reconocida por **EMCALI** (f. 29 a 30).
- (iv) Que el 30 de mayo de 2017 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-DGCB-3526 del 5 de junio de 2017 (f. 31 a 35).

DE LA INDEXACIÓN DE PRIMERA MESADA

Respecto de la figura de la indexación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹ ha adocinado 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.

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

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.

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 adoptó la posición de avalar 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 las consideraciones anteladas, tal postura debe ser reconsiderada en atención 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 tesis, y se ha fijado como decisión a adoptar que no procede la indexación en tales eventos, exhortando a este despacho a que se acate tal precedente; además para salvaguardar principios como la igualdad y seguridad jurídica, es por lo que 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 \$611.300, a partir del **15 de junio de 1994**, posteriormente reliquidada en la suma de \$631.850 (f. 15 a 28), tomando como base para liquidar la prestación, los salarios y primas devengados por el señor **GUILLERMO MOSQUERA** en el último año de servicio, esto es, **del 14 de junio de 1993 al 15 de junio de 1994** (f. 21 a 25), 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, no medió interrupción, 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 15 de junio de 1994, liquidada con aquellos factores devengados por aquel desde el 15 de junio de 1993 hasta 14 de junio de 1994, 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. 001 del 21 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho 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.

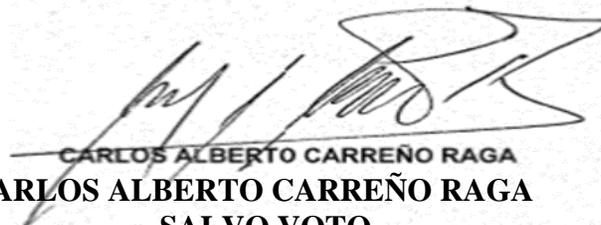
NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

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

Firma digitalizada para
actuación judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

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: **c98fda990b3ea2de5172ba70e721bffdaf7a236d7d236628659346ebbf67cba5**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:11 PM

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