

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELCIARIO MUÑOZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 016 2017 00501 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DEMANDANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	Indexación de la primera mesada pensional
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA n°. 379

Santiago de Cali, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el apoderado del DEMANDANTE contra la Sentencia n°. 203 del 1 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **ELCIARIO MUÑOZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** con el fin de que: 1) Se reliquide su pensión de vejez como consecuencia de indexar su primera mesada pensional, conforme el índice de precios al consumidor del último ciclo de aportes realizado en el mes de octubre de 1985, y el vigente para la época del reconocimiento de la pensión, acaecido el 21 de abril de 1995. 2) En consecuencia, solicitó el pago de las diferencias adeudadas desde la fecha en comento, junto a la indexación de estas sumas hasta la ejecutoria de la sentencia, y a partir de esta, los intereses moratorios reglados en el artículo 192 CPACA.

En virtud del principio de la 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 6 a 19, y en la contestación de folios 69 a 75, piezas procesales contenidas en el Archivo 01 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n°. 203 del 1 de octubre de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y, en consecuencia, negó las pretensiones incoadas por el señor **ELCIARIO MUÑOZ** en contra de **COLPENSIONES**.

Como argumentos de su decisión indicó al *A quo*, previa cita de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en cuanto a la forma de calcular la pensión de vejez, que, frente a la indexación de la primera mesada, la Jurisprudencia Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-862 de 2006, ha establecido su pertinencia con el objetivo de que las pensiones no pierdan su poder adquisitivo. Igualmente, señaló que, el Consejo de Estado en decisión de la Sección Segunda – Subsección A - Rad. 2008-1205, estableció que la indexación se produce cuando ha transcurrido cierto tiempo entre la cesación de la prestación de servicios y el reconocimiento de la pensión, en el cual, el salario con el cual se liquidaría la pensión sufriría detrimento.

Con base en lo anterior, expuso que al actor le fue reconocida la pensión de jubilación conforme la Resolución n° 1942 del 18 de octubre de 1985, por parte de EMCALI, a partir del 7 de octubre del mismo año, y posteriormente, en Resolución No. 9635 de 2001 el ISS le reconoció la pensión de vejez con carácter compartido, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, con 634 semanas cotizadas, un IBL de \$135.674 y una tasa de reemplazo del 87%, a partir del 21 de abril de 1995, pagándose el retroactivo causado en favor del empleador. En consecuencia, razonó que el demandante comenzó a percibir su mesada sin que se constituyera un pago retardado del fondo demandado, como quiera que se transmutó el pago de la pensión de jubilación reconocida por el empleador, sin sufrir afectación o desmejora, por lo que no hay lugar a liquidar nuevamente lo que ya se calculó. También aclaró que la indexación procede en prestaciones reconocidas sin aplicación de la Ley 100 de 1993, sobre el promedio indexado de mesadas en el último periodo, lo que no corresponde a lo ocurrido en el presente asunto, ya que la resolución es clara en indicar que fue el promedio del último año de servicios el que se tuvo en cuenta, sin que transcurriera un

plazo mayor para el reconocimiento en relación con la fecha de origen del derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la PARTE DEMANDANTE presentó recurso de apelación, y argumentó que, entre la fecha de retiro del demandante de EMCALI, esto fue, en el año 1985, y la fecha de causación de la primera mesada por vejez a cargo de **COLPENSIONES**, en el año 1995, transcurrieron más de 10 años en los cuales el último aporte para el riesgo por vejez data del año 1985, lo que quiere decir que, entre la fecha del retiro y el reconocimiento de la prestación, el empleador no efectuó más aportes, perdiendo con ello poder adquisitivo. Seguidamente, precisó que el Despacho, pese a no ser punto debatido en el proceso, consideró que la pensión de vejez era compartida, y, por tanto, la de jubilación otorgada por el empleador fue transmutada, omitiendo que no era una pensión de tal naturaleza, toda vez que esta condición surge en favor del empleador, al continuar realizando aportes en nombre del trabajador hasta que reúna las exigencias para la pensión a cargo del sistema pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n°. 470 del 20 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, el cual puede ser consultado en el archivo 04 del cuaderno Tribunal ED, y al cual se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver, previas las siguientes,

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a establecer si al señor **ELCIARIO MUÑOZ**, le asiste el derecho a la indexación de su primera mesada pensional, por la vía de la actualización de los salarios base de cotización utilizados para calcular la prestación, a la fecha de causación del derecho, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

De ser así, habrá de estudiarse el monto adeudado como retroactivo de las diferencias pensionales, previo análisis de la excepción de prescripción. Así mismo, se verificará si es viable ordenar

el pago indexado de tales sumas, y los intereses en los términos solicitados en la demanda.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de 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 (SL 2808-2018), 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.

Se comienza por destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que mediante la Resolución n° 1942 de 1985, EMCALI EICE ESP le reconoció al demandante la pensión de jubilación a partir del 7 de octubre de 1985, en cuantía de 51.295,80 (Expediente Administrativo Archivo 03 ED).
- (ii) Que a través de Resolución n° 9635 del 28 de septiembre de 2001, el extinto ISS le reconoció al señor **ELCIARIO MUÑOZ**, la pensión de vejez a partir del 21 de abril de 1995, en la suma de \$118.934, disponiéndose el pago del retroactivo generado por la suma de \$18.323.947 en favor del empleador, dado el carácter de compartida de la pensión de jubilación, disposición reiterada en Resolución n° 8229 de 2007 (f. 30 Archivo 01 ED y Expediente Administrativo Archivo 03 ED).
- (iii) Que el 27 de julio de 2017, el actor solicitó a **COLPENSIONES** la reliquidación de su pensión de vejez, reclamo al que no accedió la entidad en Resolución SUB 149119 del 5 de agosto de 2017 (f. 32 a 38 Archivo 01 ED).

DE LA RELIQUIDACIÓN RECLAMADA

Desde la demanda, la disyuntiva propuesta radica en que, el demandante considera viable la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por el otrora ISS, producto de la indexación de su primera mesada, actualizando los salarios que sirvieron de base al cálculo de la pensión, a la fecha de causación del derecho.

Al desatar de fondo el asunto, el *A quo* negó las pretensiones tras argumentar que, en realidad, el demandante comenzó a recibir su mesada sin que para ello mediara un retardo en cabeza del fondo, pues, asumió que lo acaecido fue una transmutación de la pensión de jubilación que le venía pagando EMCALI, en cabeza del ISS, sin sufrir afectación o desmejora derivado de un pago retardado de la pensión de vejez, más cuando la prestación inicial fue liquidada con base en el último año de servicios, conclusión a la que se opuso el apoderado judicial del actor, quien adujo que, el último empleador de este efectuó cotizaciones hasta el año 1985, mientras que la pensión de vejez a cargo del Instituto solo le fue reconocida hasta el año 1995, denotando que, entre la fecha de retiro y la de reconocimiento pensional existió un lapso de diez (10) años, sumado a que la pensión reconocida por la empresa no era compartida.

Pues bien, lo primero que observa la Sala es la marcada confusión conceptual de la Juez de primera instancia a la hora de desatar la discusión, en tanto basó su decisión absolutoria, en primera medida, en el hecho de existir una pensión de jubilación reconocida por EMCALI EICE ESP en favor de señor **ELCIARIO MUÑOZ** Resolución n° 1942 de 1985, concedida desde el 7 de octubre de ese año, calculada a partir de lo devengado por aquel trabajador durante su último año de servicios, según la documental obrante (Expediente Administrativo Archivo 03 ED), supuesto que influyó, según lo advirtió la Juzgadora, en el reconocimiento posterior de la pensión de vejez en favor del actor efectuado por parte del ISS, que lo fue mediante la Resolución No. 9635 del 28 de septiembre de 2001 (f. 30 Archivo 01 ED), para decir que, al tener el carácter de compartida con la que venía pagando el empleador, realmente no hubo un retardo para el reconocimiento de la última prestación anotada.

Tal análisis, destaca la Sala, no resulta ser el más afortunado, si se tiene en cuenta que confunde sin fundamento alguno el origen, las características y las condiciones de pago tanto de la jubilación a cargo de EMCALI, como de la prestación por vejez en cabeza del desaparecido Instituto de Seguros Sociales, pues mientras la primera fue reconocida con base en la Ley 6 de 1945, liquidada de acuerdo con el promedio de los conceptos devengados por el trabajador durante su último año de servicios, la segunda, a cargo del sistema de pensiones, le fue otorgada conforme a lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable a su caso por virtud de lo señalado en la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, normativa que presupone las condiciones en que debe liquidarse esta prerrogativa, que tiene como base, no lo devengado por el trabajador como ocurre con la pensión de jubilación, sino en consonancia con los salarios reportados por

cada empleador en las cotizaciones realizadas en favor del trabajador con miras a amparar los riesgos de vejez, invalidez y muerte, **siendo sobre la forma de calcular esta última que en realidad versaba la controversia trazada desde el gestor.**

Lo anterior importa para resaltar que, contrario a lo sostenido por la Juez de primer grado, el reconocimiento de la pensión de jubilación en nada afecta la posibilidad de acceso a las prestaciones del sistema general de pensiones, y mucho menos altera las características o condiciones a tener en cuenta a la hora de liquidar esta última, aspecto con el cual, reitera de manera insistente la Sala, el ordenamiento plantea las operaciones que deben agotarse para ello, en este caso la Ley 100 de 1993, norma que no supedita la concesión de la pensión de vejez al contexto de las circunstancias fácticas y económicas en las que el demandante viene percibiendo la jubilación, como erradamente lo superpone la Juez de primer grado, pues donde se entrelazan ambas pensiones es en relación con el pago que le corresponde el empleador, quien solo quedará a cargo de la diferencia entre la prestación reconocida por este, y la que reconoce el sistema, en aquellos eventos donde la última sea inferior a la primera, de tratarse de pensiones compartidas (Ley 90 de 1946, Art. 259 CST, Decreto 3041 de 1966, Decreto 2879 de 1985 y Decreto 758 de 1990).

No obstante, más allá del dislate cometido en la Sentencia, lo expuesto en línea anteriores no desata la contienda en favor del demandante, por las razones que pasan a exponerse.

Así se considera, como quiera que al estar por fuera de la discusión que el demandante era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y que la norma aplicable a su derecho pensional es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, condición aceptada desde el propio acto de reconocimiento - *Resolución n° 9635 de 2001 f. 30 Archivo 01 ED-*, en el ámbito liquidatorio, huelga recordar que el mismo articulado dispone en su inciso tercero la forma para calcular el IBL de los afiliados cobijados con la medida transicional, anotando que este aparte normativo expresamente se refiere a los afiliados que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es decir, para quienes acrediten los requisitos de semanas y edad antes del 1° de abril de 2004, como quiera que la Ley 100 de 1993, entró en vigencia el mismo día y mes del año 1994, siendo a estos afiliados a los únicos que se les puede calcular el IBL con el promedio del tiempo que les hiciere falta o el de toda la vida laboral, si este les fuera más favorable.

De otro lado, para aquellos afiliados a quienes les faltare un tiempo superior a 10 años a la entrada en vigor de dicha normativa, la forma para liquidar la mesada pensional es la establecida en el artículo 21 de la Ley 100, que establece que el IBL se debe calcular con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años o con el promedio de toda la vida, para los afiliados que cuenten con un mínimo de 1250 semanas cotizadas. Criterio señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias entre las que podemos destacar las sentencias radicadas SL-13025 del 26 de agosto de 2015, y SL-16827 del 18 de noviembre de 2015.

En el presente asunto, tenemos que el demandante nació el 21 de abril de 1935, según consta en la partida de bautismo obrante en el expediente administrativo Archivo 03 ED, por lo cual, arribó a la edad de 60 años el mismo día y mes del año 1995, época en la que contaba con el número de semanas exigido para configurar su derecho, según lo determinó el ISS, de lo que se extrae que la pensión debe liquidarse conforme lo reglado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigencia de esta, le faltaban menos de 10 años a fin de acceder a la pensión. Por consiguiente, el cálculo del IBL debe hacerse con el promedio del tiempo faltante para la pensión, o el de toda la vida, inclinándose por aquel que represente mayor beneficio.

Valga anotar que, en ambos casos, para el cálculo del ingreso base de liquidación, el promedio de las cotizaciones tomado con esta finalidad, sea el de toda la vida o el tiempo faltante, debe actualizarse anualmente de acuerdo con la variación del IPC, según lo manda el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así entonces, realizadas las operaciones aritméticas del caso, que hacen parte integral de la presente decisión (Anexo 1), de acuerdo con el promedio de toda la vida, se obtiene un IBL por la suma de \$197.700,97, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 51%, porcentaje correspondiente de acuerdo al número de cotizaciones (**634 semanas**), arroja una mesada pensional al año 1995, por valor de **\$100.827,50**. Luego, tomando como base el promedio de lo cotizado en el tiempo faltante para reunir los requisitos, el IBL es de \$136.063,14, y basados en el mismo porcentaje de reemplazo, muestra una mesada de **\$69.392**, siendo el primer cálculo el que reporta mayor beneficio al demandante, aspecto que, claramente refleja diferencias en favor del demandante.

No obstante, la mesada liquidada en esta sede termina siendo inferior al valor reconocido como pensión por parte del ISS, ente que

concedió una mensualidad tasada en la suma de \$118.934, de donde emerge que no hay diferencias en favor del demandante, debiendo mantenerse la absolución de la demandada, en razón a lo expuesto en precedencia.

Ante la falta de prosperidad de la reliquidación pensional, corren la misma suerte los pedimentos de intereses e indexación planteados en la demanda.

Colofón de todo lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de primer grado, pero por las razones expuestas en la presente providencia. Las costas en esta instancia estarán a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n°. 203 del 1 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000

Los Magistrados,

Firma digitalizada para el Acto Judicial
Yuli Mabel Sánchez Quintero
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

ANEXO 1.

LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL TODA LA VIDA								
Expediente:	760013105016-2017-00501-01							
Afiliado(a):	ELCIARIO MUÑOZ		Nacimiento:	21/04/1935	60 años a	21/04/1995		
Edad a	1/04/1994	59	Última cotización:			29/10/1985		
Sexo (M/F):	M		Desde	19/10/1971	Hasta:	29/10/1985		
Desafiliación:		Folio	Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos:			381		
Calculado con el IPC base 1998			Fecha a la que se indexará el cálculo					21/04/1995
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período en caso de varios empleadores.								
PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	COTIZADO	INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO		
19/10/1971	31/12/1971	660,00	0,331300	50,104500	74	99.816	99.816	\$1.662
1/01/1972	15/01/1972	660,00	0,377800	50,104500	15	87.530	87.530	\$295
11/09/1973	31/12/1973	660,00	0,430600	50,104500	112	76.797	76.797	\$1.935
1/01/1974	1/01/1974	1.590,00	0,534300	50,104500	1	149.104	149.104	\$34
2/01/1974	16/06/1974	930,00	0,534300	50,104500	166	87.212	87.212	\$3.258
4/09/1974	31/12/1974	1.770,00	0,534300	50,104500	119	165.983	165.983	\$4.445
1/01/1975	31/08/1975	1.770,00	0,675100	50,104500	243	131.366	131.366	\$7.183
1/09/1975	1/09/1975	5.070,00	0,675100	50,104500	1	376.285	376.285	\$85
2/09/1975	31/12/1975	3.300,00	0,675100	50,104500	121	244.919	244.919	\$6.669
1/01/1976	31/12/1976	3.300,00	0,795100	50,104500	366	207.955	207.955	\$17.127
1/01/1977	1/07/1977	3.300,00	0,999900	50,104500	182	165.361	165.361	\$6.772
1/07/1977	31/12/1977	5.790,00	0,999900	50,104500	184	290.134	290.134	\$12.013
1/01/1978	31/01/1978	5.790,00	1,287000	50,104500	31	225.412	225.412	\$1.572
1/02/1978	1/02/1978	13.260,00	1,287000	50,104500	1	516.228	516.228	\$116
2/02/1978	31/12/1978	7.470,00	1,287000	50,104500	333	290.816	290.816	\$21.792
1/01/1979	31/08/1979	7.470,00	1,524100	50,104500	243	245.575	245.575	\$13.428
1/09/1979	1/09/1979	16.950,00	1,524100	50,104500	1	557.228	557.228	\$125
2/09/1979	31/12/1979	9.480,00	1,524100	50,104500	121	311.653	311.653	\$8.486
1/01/1980	31/01/1980	9.480,00	1,963100	50,104500	31	241.959	241.959	\$1.688
1/02/1980	1/02/1980	21.330,00	1,963100	50,104500	1	544.409	544.409	\$123
2/02/1980	31/07/1980	11.850,00	1,963100	50,104500	181	302.449	302.449	\$12.318
1/08/1980	1/08/1980	21.330,00	1,963100	50,104500	1	544.409	544.409	\$123
2/08/1980	31/12/1980	9.480,00	1,963100	50,104500	152	241.959	241.959	\$8.276
1/01/1981	1/01/1981	21.330,00	2,470600	50,104500	1	432.579	432.579	\$97

