



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA LABORAL

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADA PONENTE

PROCESO	ORDINARIO LABORAL-APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE	LUZ MARY ASTUDILLO DE REYES
DEMANDADO	EMCALI EICE ESP
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO. DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2019-00333-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DEMANDANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL
DECISIÓN	CONFIRMA

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés
(2023)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, como Magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante, respecto de la sentencia n° 165 de 28 de abril de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 115

I. ANTECEDENTES

La demandante 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 liquidar la primera mesada pensional que le fue reconocida al señor José Rafael Reyes Arce (q.e.p.d.) y que le fue sustituida en calidad de cónyuge de éste. 2) En consecuencia, se reconozca el retroactivo por reajuste pensional debidamente indexado, y, 3) Las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que mediante resolución n.º 0047 de 30 de enero de 1992, la demandada reconoció una pensión de jubilación a su cónyuge José Rafael Reyes Arce (q.e.p.d.), conforme a la CCT celebrada en 1983, correspondiéndole una tasa de reemplazo de 90%, de los salarios y primas de toda especie devengados en su último año de servicio, es decir, entre el 1 de noviembre de 1990 y el 30 de octubre de 1991; que la prestación le fue reconocida a su cónyuge el 1 de noviembre de 1991, sin indexar el promedio de los salarios y primas percibidas en el último año de servicios.

Que, por documento 800-GAGHYA-801778 del 4 de diciembre de 2008, Emcali le sustituyó la pensión de jubilación que percibía su cónyuge Reyes Arce (q.e.p.d.); indicó que, Colpensiones a través de resolución GNR 359938 del 29 de noviembre de 2016, le reconoció también una pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge; que el 7 de diciembre de 2017, le solicitó a Emcali la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación atrás citada y, por escrito 832- DGCB-7298 de 21 de diciembre de 2017, la enjuiciada la negó. (Doc. 01, fls. 37 a 46)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto interlocutorio n° 1010 de 20 de abril de 2022, el Juzgado de primera instancia dispuso tener por no contestada la demanda, por parte de Emcali EICE ESP. (Doc. 07)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n° 165 del 28 de abril de 2022, resolvió negar las pretensiones de la demanda y absolvió a la demandada.

Como argumentos de su decisión indicó la *A-quo* que, Jurisprudencialmente se ha establecido la pertinencia de la indexación de los IBC para liquidar las pensiones a partir de la Constitución Política de 1991, como mecanismo ante la constante pérdida de poder adquisitivo de la moneda. No obstante, manifestó que la misma Corte, señaló que, cuando el cumplimiento de los requisitos y el reconocimiento de la pensión se dan en el mismo año, no puede decirse que transcurrió un término que dé lugar a la depreciación del dinero.

En ese sentido, en el caso bajo estudio, precisó que el señor Reyes fue pensionado mediante Resolución 004770 de 30 de enero de 1992, de conformidad con lo señalado en la CCT aplicable, a partir del 1 de noviembre de 1991 y el pensionado prestó sus servicios hasta el 31 de octubre de 1991, por lo que, concluyó que no existe un lapso de tiempo que permita considerar que el monto de la pensión de jubilación convencional sufrió una notoria pérdida de poder adquisitivo y que dé lugar a la indexación solicitada, máxime cuando

se tuvo en cuenta para su liquidación hasta el último salario devengado, razón por la que no puede hablarse de depreciación, siendo inviable acceder a las pretensiones del gestor. (Doc. 09, min. 17:29 a 23:51)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con el argumento que Emcali al momento de efectuar el cálculo del salario mensual de base para la pensión de jubilación no indexó el promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en su último año de servicios, con base en la variación del índice de precios al consumidor salarios y primas contenidas en la resolución mediante la cual se le reconoció la pensión citada, en la resolución de cesantías definitivas y en la certificación de los sueldos y demás factores salariales.

Que si bien es cierto, que la CSJ ha sostenido que la indexación de la primera mesada pensional no opera cuando no ha transcurrido un lapso de tiempo desde la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, considera que dicha tesis debe variar, porque no necesariamente tiene que haber un tiempo sustancialmente entre estas fechas, pues, basta que con liquidarse la pensión se le incluya o se le tenga en cuenta salarios del año inmediatamente anterior al año en que se pensiona para que los mismos deban ser indexados, lo anterior, conforme a los arts. 48 53, 93, 94 de la Constitución Política, y tratados internacionales.

Expuso, que la Corte Constitucional ha venido señalando que, de acuerdo con el mandato establecido en los artículos 48 y 53 constitucionales, con la indexación de la primera mesada pensional se busca evitar el deterioro o la pérdida del valor adquisitivo de las

pensiones ante fenómenos económicos como la inflación cuando el trabajador, aun con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, e indistintamente del régimen pensional al que pertenecía, cumplía con el requisito de tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez y, con posterioridad, alcanzaba la edad requerida para consolidar tal derecho. Atendiendo a esa situación, queda claro que no necesariamente debe haber un tiempo sustancial entre la fecha en que el trabajo se retira o es retirado del servicio y la fecha en que se pensiona, pues, basta con que al momento de liquidarle la pensión se le incluya los salarios del año inmediatamente anterior, al que se pensiona para que los mismos deban ser indexados.

Que al realizar la liquidación aplicando la formula señalada en la sentencia T 098 de 2005, acogida y memorada por la Sala de Casación Laboral en los proveídos SL 1001-2018 y SL 421 de 2019, se observa que el monto de la pensión del pensionado es superior al reconocido por la entidad demandada, ello a que si el promedio del salario durante el último año de servicios, esto es, del 1 de noviembre de 1990 y el 30 de octubre de 1991, ascendió a la suma de \$571.803, Emcali debió indexarlo en especial los salarios generados entre el 1 de noviembre de 1990 y el 30 de diciembre de 1990, pues estos, perdieron el poder adquisitivo de la moneda tal y como se liquidó. Con base en ello, enfatizó en la obligación de la demandada de reconocer la pensión actualizando la base salarial, e igualmente la indexación de las sumas que resulten del reajuste de la citada prestación. (Doc. 09, min. 23:51 a 36:55).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 362 del 12 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el

apoderado de la parte demandante, en término similar a la alzada, como se advierte en el archivo 04 del Cuaderno Tribunal ED, el cual se considera en el contexto de este proveído.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes,

V. 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 resolución n° 0047 del 30 de enero de 1992, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. reconoció la pensión de jubilación al señor José Rafael Reyes (q.e.p.d.) a partir del 1 de noviembre de 1992, en cuantía de \$514.650 con base en la CCT 1990-1991, obtenida del 90% de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicio (Doc. 01, fls. 7 y 8).
- (ii) Que mediante escrito 800-GAGHYA-001776 del 4 de diciembre de 2008, Emcali, le sustituyó la pensión de jubilación del señor Reyes por causa de muerte a su cónyuge hoy demandante (Doc. 01, fl. 10 y 11)

- (iii) Que mediante resolución GNR 359938 de 29 de noviembre de 2016, Colpensiones le reconoció a la señora Luz Mary la pensión de vejez con ocasión al fallecimiento del señor Reyes Arce, a partir de 17 de agosto de 2008, con una mesada de \$5.228.424, prestación con el carácter de compartida con la jubilación reconocida por EMCALI (Doc. 01, fls. 13 a 22)
- (iv) Que el 7 de diciembre de 2017, la 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, petición negada por la entidad mediante Oficio 832-DGCB-7298 de 21 de diciembre de 2017 (Doc. 01, fls. 23 a 27).

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.

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 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. (...)”. (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 (...)».

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 y al descender al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que al señor José Rafael Ryez (q.e.p.d.) le fue reconocida pensión de jubilación por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en cuantía de \$514.650, a partir del 1 de noviembre de 1991 (Doc. 01, fls. 7 y 8), tomando como base para liquidar la prestación, los salarios y primas devengados por éste en el último año de servicio, esto es, del 1 de noviembre de 1990 al 31 de octubre de 1991 (Doc. 01, f. 9), 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 extinto señor Reyes quien fue el cónyuge de la demandante le fue otorgado el derecho pensional e inició su disfrute al día siguiente de haberse retirado del servicio, lo cual ocurrió el 31 de diciembre de 1991, liquidada con aquellos factores devengados por aquel desde el 1 de noviembre de 1990 hasta el 31 de octubre de 1991, 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, incluyendo las agencias en derecho que se fijan en un (1 SMLMV).

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 n° 165 de 28 de abril de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali-

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo las agencias en derecho que se fijan en un (1 SMLMV).

NOTIFÍQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


Firma digitalizada para Actos Judiciales
Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


Firma digitalizada para Actos Judiciales
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO