



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 39

Audiencia número: 299

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación formulado contra la sentencia número 372 del 19 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA contra EMCALI EICE ESP.

ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal, las partes presentaron alegatos de conclusión, bajo los siguientes argumentos:

Parte actora: Que la entidad demandada reconoció al actor la pensión de jubilación y al momento de efectuar el cálculo del salario mensual de base para otorgar la prestación, no indexó el promedio de los salarios y primas de

toda especie que devengó el demandante dentro del último año de servicios, con base en la variación del IPC. Argumento que respalda citando varias jurisprudencias. Además, hace la liquidación de la mesada pensional, determinado que la primera debió ser por un valor de \$3.116.050.

La parte demandada, expone que la liquidación de la mesada pensional se efectuó con los valores del último año de servicios y los salarios que sirvieron de base para la liquidación siempre fueron actualizados, incrementando notablemente la mesada percibida por el actor. Considerando que la indexación de la primera mesada pensional no opera automáticamente, argumento que apoya en varios precedentes jurisprudenciales.

SENTENCIA N. 296

El demandante llamó a juicio a la entidad accionada en procura del reconocimiento de la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación otorgada por la demandada, el pago del correspondiente retroactivo indexado, persiguiendo para ello que sean indexados los salarios que sirvieron de base para calcular la primera mesada del actor.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que mediante Resolución número 000637 del 23 de mayo de 2003, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP., le reconocieron pensión de jubilación, de conformidad con lo establecido en la convención colectiva 1999-2000, otorgando una mesada pensional equivalente al 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios, es decir, del 1 de abril de 2002 al 30 de marzo de 2003, generando una mesada pensión de \$2.960.800.

Que la entidad demandada no indexó el promedio de los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicios, con base a la variación del índice de precios al consumidor.

Que COLPENSIONES le reconoció al actor la pensión de vejez, mediante Resolución GNR 25313 del 24 de enero de 2014, derecho que se concedió a partir del 1 de febrero de 2013 en cuantía de \$3.878.566, teniendo las dos prestaciones el carácter de compartidas.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, acepta que al actor le concedió la pensión de jubilación a partir del 01 de abril de 2003, prestación que es compartida con la de vejez reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES.

Que el último año el actor devengó \$39.476.927, donde a la doceava parte de ese valor se le aplicó el 90%, generando una mesada de \$2.960.800, sin que haya transcurrido tiempo entre la finalización del contrato laboral, que lo fue por renuncia y el reconocimiento de la pensión, razón por la cual considera que no deben ser atendidas las pretensiones. Además, que la mesada pensional está siendo compartida con COLPENSIONES, donde EMCALI reconoce el mayor valor que generó la pensión de jubilación en comparación con la de vejez.

En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: carencia del derecho, inexistencia del derecho de indexación de la primera mesada, carencia de causa jurídica, cobro de lo no debido, pago, prescripción y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el A quo declaró probada la excepción de carencia del derecho, propuesta por la entidad demandada, absolviéndola de todas las pretensiones, al considerar que de la fecha en que se retira del servicio de la entidad llamada al proceso y al reconocimiento de la pensión, no sufrió la mesada pensional, pérdida del poder adquisitivo por el pago del tiempo, porque la pensión se otorga inmediatamente se separa del cargo, teniendo en cuenta los emolumentos devengados en el último año de servicios.

RECURSO DE APELACION

Diciente la apoderada judicial del promotor del litigio los argumentos expuestos por la A quo y formula el recurso de alzada, considerando que de conformidad con varios precedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del órgano máximo de la justicia ordinaria en material laboral, se debe actualizar la base salarial que sirve para calcular la primera mesada pensional, sin que se haya condicionado la aplicación de la indexación a que trascorra o no tiempo entre la terminación de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Le corresponde a esta corporación determinar si hay o no lugar al reconocimiento de la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación convencional reconocida al demandante por parte de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI.

En el caso de autos no se controvierten los supuestos fácticos relacionados con el estatus de pensionado que otorgó la entidad demandada al promotor del proceso, reconocimiento que se hizo a través de la Resolución número

000637 del 23 de mayo de 2003, de acuerdo con la convención colectiva, cuya copia milita a folios 14.

Igualmente se allegó copia de la Resolución GNR 52313 del 24 de enero de 2014, mediante la cual COLPENSIONES reconoce a favor del actor la pensión de vejez, indicando en la parte considerativa que ésta tiene el carácter de compartida con la de jubilación a cargo de EMCALI. (fl. 18)

Para resolver la controversia planteada, empecemos por el tema de la indexación de la primera mesada pensional, el que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia nacional, aclarando que inicialmente la Sala de Casación Laboral consideró la improcedencia de la actualización del salario base de liquidación de pensiones convencionales, dicho criterio jurisprudencial fue rectificado en la sentencia CSJ SL, 31 Jul 2007, Rad. 29022, donde la Corte extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53.

Posteriormente, en sentencia CSJ SL736-2013, dicha corporación precisó que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda era un fenómeno que podía afectar a todos los tipos de pensiones por igual; añadió la corporación de cierre laboral, que existían fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación a pensiones causadas incluso con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; en similar forma lo ha considerado la jurisprudencia constitucional al defender el derecho universal a la indexación, criterio expuestos en sentencias C-862 y 891A de 2006, SU 1073 de 2012, y SU 415 de 2015.

Los propósitos de la indexación están dados en actualizar los ingresos del trabajador desde el momento de su retiro y hasta la fecha del reconocimiento de la pensión o de causación de la primera mesada pensional, de allí que dicha figura no es aplicable cuando no media un lapso que permita predicar la depreciación de la moneda, pues dicha figura no

aplica de manera automática, debe determinarse si en el asunto particular existe una desmejora real del valor del IBL o de los factores que se tuvieron en cuenta que justifique la procedencia de la misma, tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral entre otras en sentencia Rad. 48935 del 28 de febrero de 2012.

En el caso concreto del actor se encuentra probado que prestó sus servicios a la accionada desde el 27 de mayo de 1981, como se observa en la resolución que concede las prestaciones sociales definitivas (fl. 26) y presentó renuncia a su cargo el 28 de febrero de 2003, al que se hace efectiva a partir del 1 de abril de 2003, para acogerse al beneficio de jubilación, como se lee en el acto administrativo que concedió el derecho pensional (fl. 14). Bajo tales circunstancias concluye la Sala que no hubo un tiempo dentro del cual pudiese originarse la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, porque aceptada la renuncia de inmediato se reconoce el derecho pensional.

Situación diferente y reclamada en la demanda, es la indexación del promedio de los salarios base de liquidación y para ello, la Sala observa el acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación y se anuncia los factores que iniciaron para definir el valor de la mesada pensional (fl. 14), además, se acompañó la relación de los valores devengados desde el año 2002 al 2003 y el valor de las mesadas que viene cancelado al actor (fl. 30)

El mismo acto administrativo que concede la pensión al actor, que se toma el salario, primas y turnos que corresponden al último año, es decir, del 01 de abril de 2002 al 30 de mayo de 2003. Por sueldos se anuncia que en total fueron \$13.690.417, primas \$17.259.412 y por turnos \$8.527.098, para un total de \$39.476.927, suma a la que se le extrae la doceava parte, generando un promedio de \$3.289.744, le aplican el 90%, generando una primera mesada por valor de **\$2.960.800** (fl. 70)

De acuerdo con las documentales enunciadas veamos que valores corresponden al año 2002, los que se deben indexar al año 2003 por la pérdida del poder adquisitivo

Para realizar las operaciones matemáticas, revisamos el folio 72 que informa los valores obtenidos para cuantificar la mesada pensional, y a éstos restamos lo que percibió el demandante en el año 2002, atendiendo ese mismo folio 72 que informa:

Por **salarios del año 2002**, que corresponden al mes de abril de 2002 a diciembre de esa anualidad, que fueron de **\$9.513.000**, como lo informa el documento obrante a folios 72

Por **Primas** devengadas en el período de abril a diciembre de 2002: (fl. 72)

Semestral extra de junio: \$905.578

Semestral de junio: \$1.296.621

Semestral extra de diciembre: \$940.305

Navidad: \$2.682.030

Antigüedad: \$4.714.517

Vacaciones: \$2.904.583

Total: **\$13.44.634**

Por **turnos o horas extras**, que corresponden al mes de abril a diciembre de 2002 (fls. 20 y 31), da un total de **\$6.073.972**, de acuerdo con la siguiente relación:

valores devengados	recargo	descanso Compensatorio	dominicales	total
abr-02	290,675.00	202,592.00	427,205.00	
may-02	277,463.00	48,446.00	400,780.00	
jun-02	255,443.00	48,446.00	303,887.00	
jul-02	48,446.00	-	211,400.00	
ago-02	157,939.00	-	201,619.00	
sep-02				

	242,229.00	182,773.00	458,034.00	
oct-02	321,505.00	134,327.00	387,567.00	
nov-02	273,059.00	213,602.00	330,313.00	
dic-02	215,805.00	136,529.00	303,888.00	
total	2,082,564.00	966,715.00	3,024,693.00	6,073,972.00

Ahora, a las sumas antes discriminadas, la indexamos atendido el IPC final del año 2002 y el IPC inicial del año 2001, teniendo en cuenta el IPC base 2008, que genera un factor: 1.07 y realizamos la siguiente operación matemática:

		IPC FINAL 2002	IPC INICIAL 2001	FACTOR	VALOR INDEXADO
total salarios/02	9,513,000.00	71.40	66.73	1.07	10,178,753.18
turnos/02	6,073,972.00	71.40	66.73	1.07	6,499,049.91
primas/02	13,443,634.00	71.40	66.73	1.07	14,384,466.77
	29,030,606.00	71.40	66.73	1.07	31,062,269.87

Ahora determinaremos cuánto recibió el actor en el último año, aplicando para el año 2002 los valores indexados.

- a) **Salarios.** A folios 69 milita la resolución que concedió al actor la pensión de jubilación, y por concepto de salarios, anuncia que el demandante recibió en todo lo que corresponde al último año de servicios la suma de \$13.690.417, restamos el valor que recibió por ese concepto en los meses de abril a diciembre de 2002: \$9.513.000 y agregamos esa suma indexada: \$10.178.753, generando un total por concepto de salarios de **\$14.356.170.18**

- b) **Tiempo suplementario:** La resolución que concede el derecho pensional al actor nos informa que por este concepto que denomina “turnos”, el actor recibió: \$8.527.098, (fl. 69), suma a la que restamos lo que corresponde a lo recibido de abril a diciembre de 2002: \$6.073.972, agregamos lo devengado debidamente indexado: \$6.499.049.91, para generar un valor de **\$8.952.175**

- c) **Primas:** La resolución que concede el derecho pensional al actor nos informa que por estos conceptos recibió \$17.259.412 (fl. 69), restamos lo cancelado por concepto de primas en el período de abril a diciembre de 2002: \$13.443.634, sumamos ahora ese valor pero indexado: \$14.384.466.73 y nos da como resultado: **\$18.200.244.77**

Ahora sumamos esos valores:

- a) Salarios: **\$14.356.170.18**
b) Tiempo suplementario **\$8.952.175**
c) Primas: **\$18.200.244.77**
Total : **\$41.508.590.87**

Suma en la que están incluidos los valores percibidos en el año 2002 indexados y 2003. A ese valor le extraemos la doceava parte, dando un promedio de factores salariales de \$3.459.049.2, aplicamos el 90% y nos da **una primera mesada de \$3.113.144.30**, y la entidad reconoció por ese concepto \$2.960.800, generando una **diferencia a favor del actor de \$152.344.32 para la primera mesada pensional.**

Antes de liquidarse el correspondiente retroactivo, la Sala se pronuncia sobre la excepción de prescripción y para ello partimos de la fecha en la cual se hace el acto administrativo que reconoce la pensión, 23 de mayo de 2003 (fl. 71), y la data en que hace la reclamación administrativa, 29 de agosto de 2016 (fl. 21), habiendo transcurrido, entre esas calendas, más de los 3 años que pregonan el artículo 151 del CPL y SS, por lo tanto, están prescritas las diferencias pensionales causadas antes del 29 de agosto de 2013, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada dentro del nuevo plazo que concede la ley, esto es 27 de junio de 2017, es decir, dentro de los 3 años siguientes a la reclamación.

Al aplicarse los incrementos legales a las mesadas pensionales y teniendo en cuenta que tiene derecho a 14 mesadas anuales, el valor del retroactivo por concepto de diferencia pensional causado desde el septiembre de 2013

al 31 de octubre de 2020 es de **\$23.392.716**, valor que se indexará al momento de su pago. Suma que resulta de las siguientes operaciones

AÑO	IPC	VALOR MESADA RECONOCIDA	VALOR MESADA REAJUSTADA	MESADA VEJEZ ISS	DIFERENCIA A FAVOR DEL ACTOR	N° MESADAS	TOTAL	
2003		\$ 2,960,800.00	\$ 3,113,144.30		\$ 152,344.30			
2004	6.49%	\$ 2,960,800.00	\$ 3,113,144.30		\$ 152,344.30			
2005	5.50%	\$ 3,152,955.92	\$ 3,315,187.37		\$ 162,231.45			
2006	4.85%	\$ 3,326,368.50	\$ 3,497,522.67		\$ 171,154.17			
2007	4.48%	\$ 3,487,697.37	\$ 3,667,152.52		\$ 179,455.15			
2008	5.69%	\$ 3,643,946.21	\$ 3,831,440.95		\$ 187,494.74			
2009	7.67%	\$ 3,851,286.75	\$ 4,049,449.94		\$ 198,163.19			
2010	2.00%	\$ 4,146,680.44	\$ 4,360,042.75		\$ 213,362.31			
2011	3.17%	\$ 4,229,614.05	\$ 4,447,243.61		\$ 217,629.56			
2012	3.73%	\$ 4,363,692.82	\$ 4,588,221.23		\$ 224,528.41			
2013	2.44%	\$ 4,526,458.56	\$ 4,759,361.88	\$ 3,878,566	\$ 232,903.32			
2014	1.94%	\$ 4,636,904.15	\$ 4,875,490.31	\$ 3,953,810	\$ 238,586.16	5	\$ 1,192,931	
2015	3.66%	\$ 4,726,860.09	\$ 4,970,074.82	\$ 4,098,520	\$ 243,214.74	14	\$ 3,405,006	
2016	6.77%	\$ 4,899,863.17	\$ 5,151,979.56	\$ 4,375,989	\$ 252,116.40	14	\$ 3,529,630	
2017	5.75%	\$ 5,231,583.90	\$ 5,500,768.58	\$ 4,627,609	\$ 269,184.68	14	\$ 3,768,585	
2018	4.09%	\$ 5,532,399.98	\$ 5,817,062.77	\$ 4,816,878	\$ 284,662.79	14	\$ 3,985,279	
2019	3.18%	\$ 5,758,675.14	\$ 6,054,980.64	\$ 4,970,055	\$ 296,305.50	14	\$ 4,148,277	
2020	3.80%	\$ 5,941,801.01	\$ 6,247,529.02	\$ 5,158,917	\$ 305,728.02	11	\$ 3,363,008	
TOTAL								\$ 23,392,716

Se declarará que el valor de la mesada pensional para el año 2020 es de \$6.247.529.02, valor al que se le debe restar la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES que para esta anualidad es de \$5.158.916, al aplicarle los IPC anuales, toda vez que el derecho le fue reconocido al demandante a partir del 1 de febrero de 2013 en cuantía de \$3.878.566. **Por consiguiente, para el año 2020, el mayor valor a cargo de EMCALI es de \$1.088.612**, suma que se extrae atendiendo la mesada de esa anualidad. \$6.247.529 menos la que viene pagando COLPENSIONES. \$5158.917, generando un mayor valor a cargo de EMCALI para el año 2020 de \$1.088.612, suma que se reajustará anualmente como lo determine la ley.

Igualmente se autoriza a la entidad demandada que del valor del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde por mesadas adicionales, se haga el

descuento por aportes en salud, como lo ordena el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la decisión de primera instancia, habiéndose atendido los argumentos expuestos por las partes en los alegatos de conclusión formulados en esta instancia.

Costas en ambas instancias a la parte demandada. Fíjese las agencias en derecho en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE.

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia número 372 del 19 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar:

- a) Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción
- b) Declarar que el señor ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.999.060 de Cali, tiene derecho a la indexación de los factores salariales que sirvieron de base para obtener el valor de la primera mesada pensional.
- c) Condenar a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE, a pagar a favor de ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA, la suma de \$23.392.716, por concepto de reliquidación pensional, causada del septiembre de 2013 al 31 de octubre de 2020, incluidas las mesadas adicionales, suma que se indexará al momento de su pago.

- d) Declarar que el valor de la mesada pensional de jubilación otorgada por EMCALI EICE ESP al señor ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA a partir del año de 2020 es por valor de \$ 6.247.529.
- e) Declara que el mayor valor de la mesada pensional a cargo de EMCALI EICE ESP y a favor de ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA, para el año 2020 es de \$1.088.612, ante la compartibilidad de la pensión de jubilación y de vejez, ésta a cargo de COLPENSIONES. Suma ésta que se reajustará anualmente de conformidad con la ley.
- f) AUTORIZAR a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE, que del valor del retroactivo pensional causado a favor de ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA, realice los descuentos por aportes en salud, los que se trasladaran a la EPS donde se encuentre vinculado el actor.
- g) Costas de primera instancia a cargo de EMCALI y a favor del actor.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de EMCALI EICE EPS y a favor de la parte demandante. Fíjese las agencias en derecho en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes

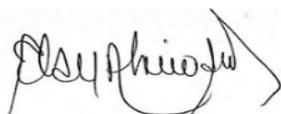
DEMANDANTE: ORLANDO ESQUIVEL ESTRADA
APODERADA: ANA IVONNE ESPINOSA OROZCO
Anaivonne.e0803@gmail.com

DEMANDADO: EMCALI EICE ESP
www.emcali.com.co

APODERADO: DIEGO FERNANDO ZAPATA ANDRADE
notificaciones@emcali.com.co

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los
que en ella intervinieron.

Los Magistrados



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIGA

Magistrada

Con ausencia justificada

Rad. 011-2017-00270-01