



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO

Magistrada ponente

SL1648-2023

Radicación n.º 90087

Acta 23

Tumaco (Nariño), veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Sala el recurso de casación que **OMAIRA NOSCUE DE YONDA** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 5 de diciembre de 2018, en el proceso que instauró contra **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, trámite al que se vinculó la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en calidad de litisconsorte necesario.

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la sociedad Arellano Jaramillo & Abogados S.A.S., quién podrá intervenir por intermedio de cualquier abogado inscrito en el certificado de existencia y

representación legal. De igual forma se reconoce personería como apoderada sustituta a la abogada Martha Cecilia Rojas Rodríguez, identificada con T.P. 60018 del C.S.J., en los términos y para efectos de los memoriales obrantes a folios PDF n.º 10, 11 y 14 del cuaderno digital de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Omaira Noscue de Yonda llamó a juicio a Empresas Municipales de Cali – Emcali E.I.C.E. E.S.P., con el fin de que se indexara la base para el cálculo de la primera mesada pensional que le fue reconocida a Antonio Jesús Serna Palacio y luego sustituida en calidad de compañera permanente. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se reliquidara de manera retroactiva la prestación, así como la indexación mes a mes de las diferencias pensionales obtenidas y la condena en costas.

Fundamentó sus pretensiones, en que fue la compañera permanente de Antonio Jesús Serna Palacios, quien en vida prestó servicios a la demandada por el lapso de 20 años, 1 mes y 4 días.

Expuso también que la accionada, mediante Resolución n.º 1084 del 29 de julio de 1992, le otorgó a Serna Palacios la pensión de jubilación conforme lo establecido en la convención colectiva de trabajo celebrada en dicha anualidad, la cual fue liquidada con el promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicio, correspondiente a la suma de \$436.727,17,

a la que se aplicó una tasa de reemplazo del 90%. La anterior operación arrojó como mesada pensional un valor de \$393.100, efectiva a partir del 1.º de mayo de 1992.

Adujo que la demandada no indexó el mencionado promedio con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Igualmente, informó que, ante el fallecimiento de su compañero, que ocurrió el 2 de marzo de 2009, solicitó la sustitución de la prestación económica y Emcali, por medio de documento 800-GAGHYA-1203 de 3 de junio de la misma anualidad, la resolvió favorablemente.

Manifestó que el 4 de noviembre de 2014, presentó solicitud ante la accionada para que se indexara mes a mes «*la base para el cálculo de la Pensión de Jubilación*», se reliquidara de manera retroactiva la prestación y le reconocieran las diferencias de las mesadas. Tal petición fue negada por la empresa de servicios públicos, a través de documento del 24 del mismo mes y año (f.ºs 3 al 9 del c. de primera instancia).

Al dar respuesta a la demanda, Emcali se opuso a las peticiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos la mayoría y algunos de manera parcial. Negó el relativo al derecho a la indexación de la primera mesada, al considerar que la pensión fue reconocida en el mismo año en el que Serna Palacios se retiró del servicio. Igualmente, aclaró que la pensión de jubilación reconocida y posteriormente

sustituida es compartida con la prestación económica de vejez concedida por el Instituto de Seguros Sociales, por lo cual solo tiene a su cargo el mayor valor. Frente a los demás supuestos fácticos afirmó que no le constaban.

En su defensa propuso, como previa, la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y de fondo, las que denominó «*carencia del derecho e inexistencia de la obligación*», «*carencia de causa jurídica y cobro de lo no debido*», prescripción y la «*innominada*» (f.ºs 29 a 40 del c. de primera instancia).

En audiencia de 6 de mayo de 2016, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali declaró probada la excepción previa propuesta e integró en calidad de litisconsorte necesario a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (f.ºs 67 del c. de primera instancia).

Esta entidad, una vez vinculada al proceso, se opuso a todas las solicitudes de la demanda, aceptó lo hechos, excepto el relativo a que en la liquidación de la prestación no se indexó la base para el cálculo para la pensión, del cual dijo que no le constaba.

Presentó como excepción previa la falta de legitimación en la causa por pasiva, que no prosperó y de fondo, las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, «*imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido*», ausencia de causa para demandar y la «*innominada*» (f.ºs 80 a 85 del c. de primera instancia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 13 de junio de 2017, el juez de conocimiento absolvió a la accionada y a la litisconsorte necesaria de todas las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte vencida (f.º 111 y reverso del c. de primera instancia).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la actora, el 5 de diciembre de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la decisión de primer grado y condenó en costas a la recurrente.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como problema jurídico a resolver determinar si a la demandante le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida a su compañero permanente y que luego le fue sustituida, teniendo en cuenta la indexación de la primera mesada pensional.

El Juez colegiado acogió el razonamiento de esta Sala, en virtud del cual, si no ha transcurrido un tiempo considerable entre el retiro del servicio y el disfrute de la prestación, no hay lugar a la indexación solicitada. Apoyó su argumento en sentencia CSJ SL, 12 ago. 2012, rad. 46832, en la que se expuso el criterio de que la indexación no es automática e inexorable en todos los casos, y solo aplica para aquellos eventos en que media un lapso significativo entre el

retiro del servicio y la fecha en que se completaron los requisitos para la causación del derecho, postura reiterada en los fallos CSJ SL5509-2016 y CSJ SL4408-2018.

Y en el análisis del caso concreto, con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el juez de segunda instancia halló que quien fue el compañero permanente de la apelante se retiró del servicio el 30 de abril de 1992, como se evidencia a folio 45 del expediente, y la pensión le fue reconocida a partir del día siguiente, esto es, desde el 1.º de mayo de 1992, por lo que no se da una pérdida del poder adquisitivo de la moneda ni variación del IPC anual, debido al reconocimiento inmediato de la pensión.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, *«se condene a las Pretensiones [sic] de la demanda, proveyendo en costas a favor de la parte demandante»*.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica solamente por Colpensiones y que pese a ventilarse por vías distintas,

por fundamentarse en similar elenco normativo y argumentativo se resolverán de manera conjunta.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia recurrida de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea «[...]del artículo 53 de la Constitución Política, lo cual condujo a la infracción directa de los artículos 1º, 2º, 4º, 13 y 48 *ibidem*; artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993; artículos 5, 6, 8 y 9 de la ley 153 de 1887; artículos 26 y 32 del Código Civil; artículos 19, 21 y 260 del C.S.T.».

En su desarrollo, acepta que el Tribunal tuvo por probado que la pensión fue reconocida al compañero permanente de la demandante a partir del día siguiente al de su retiro del servicio.

Luego de transcribir los argumentos expuestos en la sentencia recurrida, manifiesta que el juez de segunda instancia erró en la interpretación del artículo 53 de la Constitución Política, pues en su sentir, de la mencionada disposición se deriva el derecho a la indexación de la primera mesada, conforme lo establecido por la Corte Constitucional y esta Sala. Asevera que tal derecho no tiene sustento legal expreso y que, no obstante lo anterior, los operadores judiciales le han reconocido aplicabilidad dentro de los procesos laborales.

Argumenta que la subregla expuesta en la providencia

de segunda instancia por medio de la cual se confirma que no procede la indexación por no transcurrir un tiempo considerable, «no tiene ningún principio de razón suficiente, en la medida que no establece que debe considerarse “un tiempo razonable”». Añade que el fenómeno inflacionario no está relacionado con el periodo transcurrido entre el retiro del trabajador y la efectividad del derecho, por lo que tal argumento es una «falacia».

Afirma que el *ad quem* reconoció «expresamente» en el fallo que el salario promedio del último año incluyó los ingresos laborales del trabajador devengados durante 239 días del año 1991 y que a estos días debía aplicarse la fórmula del índice final (histórico vigente a diciembre del año anterior al que se causó el derecho -1992-) sobre el índice inicial (histórico vigente al mes de diciembre del año anterior al año en que se causaron los salarios -1991-).

Por lo anterior, solicita replantear la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo como «razones poderosas» los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, e interpretarlas bajo el entendido que la indexación procede no por el lapso que transcurre entre la data de reconocimiento de la prestación económica y la de su goce, sino que se deben actualizar a la fecha de disfrute todos los IBC que se utilizan. Lo anterior en desarrollo del principio *pro homine*.

Sustenta su petición en las sentencias CC T-098-2005, CSJ SL1001-2018, CSJ SL421-2019 y CC C862-2006, de la

cual realiza una transcripción parcial.

Por último, efectúa unos cálculos para demostrar que la pensión liquidada conforme lo expone en sus argumentos corresponde a la suma de \$463.050 y no como se le otorgó de manera primigenia por parte de Emcali.

VII. CARGO SEGUNDO

Se ataca la sentencia de segundo grado, por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 191 y 193 del Código General del Proceso, como violación medio, que condujo a la aplicación indebida «*porque le negó los efectos que estaban obligados a producir en el juicio*» a los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 13, 48 y 53 de la Constitución Política; 21 y 36 de la Ley 100 de 1993; 5.º, 6.º, 8.º y 9.º de la Ley 153 de 1887; 26 y 32 del Código Civil, y 19, 21, 260, 467 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Como errores evidentes de hecho, aduce los siguientes:

- 1) Dar por probado que no hubo un tiempo durante el cual pudiera originarse la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.
- 2) No dar por demostrado estándolo que la base salarial sobre la cual se liquidó la prestación de jubilación está integrada por los salarios de una vigencia anterior al de la efectividad de la pensión.
- 3) Dar por probado sin estarlo que la base de liquidación sobre la cual se liquidó la pensión no sufrió deterioro por causa de la depreciación monetaria.
- 4) No dar por demostrado estándolo que la base salarial sobre la cual se liquidó la pensión, se afectó por el fenómeno de la depreciación monetaria en la medida que para el cálculo de esta se incluyeron salarios de una vigencia anterior al año en

que se reconoció la pensión.

Como pruebas no apreciadas acusa las documentales obrantes de folios 44 a 46, consistentes en la relación de valores recibidos por el compañero permanente de la actora en el último año de servicios y la liquidación de sus cesantías definitivas, y como indebidamente apreciada, la Resolución n.º 1084 de fecha 29 de julio de 1992, por la cual se le reconoció la prestación pensional a Serna Palacios, obrante a folios 4, 5 y 5 vuelto de la demanda y 47 a 49 de la contestación de la demanda.

Para demostrar el cargo afirma que, como se aceptó en la contestación de la demanda, es indiscutible que el tiempo que se tuvo en cuenta para liquidar la pensión transcurrió desde el 7 de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992, lo que implica que se valoraron los salarios devengados en el periodo comprendido entre mayo y diciembre de 1991, lo cual constituye confesión a la luz de los artículos 191 y 193 del Código General del Proceso.

De este modo, estima que si se hubiesen valorado las pruebas acusadas, el fallador de segundo grado se habría percatado que debía indexar los sueldos causados entre el 7 de mayo y el 30 de diciembre de 1991, de acuerdo con la fórmula de actualización consistente en aplicar el índice final correspondiente al de diciembre de 1991 y como índice inicial el del mismo mes de la anualidad anterior, lo cual habría llevado al Tribunal a otorgar valor a las normas acusadas en el cargo y a conceder el derecho pretendido.

VIII. RÉPLICA

La litisconsorte Colpensiones, en su oposición, argumenta que la demanda incurre en yerros técnicos que impiden su prosperidad y que consisten en que no se acreditó la existencia de un error protuberante en la apreciación probatoria, que surja de manera evidente del simple cotejo entre el hecho que se pretende deducir y las pruebas calificadas.

En ese orden, afirma que el Juez plural no distorsionó la realidad con su valoración probatoria y sustenta que la decisión impugnada se encuentra amparada por la libertad en la formación del convencimiento de que trata el artículo 61 del Código General del Proceso.

En cuanto al cargo por la vía directa, expone que se incurre en un yerro técnico, en tanto la supuesta interpretación errónea no está debidamente soportada y argumentada.

Agrega que la decisión del Juez colegiado no se apartó de los fundamentos legales y los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, por lo que los cargos no están llamados a prosperar.

IX. CONSIDERACIONES

Sea lo primero manifestar que no le asiste razón al opositor en cuanto a las glosas técnicas que le endilga a los cargos.

Respecto al ataque por la vía de lo fáctico, la Corte encuentra que la censura acude a las reglas técnicas, pues menciona la vía y modalidad de acusación, los errores de hecho que en su sentir se cometieron, las pruebas que no se apreciaron y las que se valoraron de manera indebida. Además, expone las razones por las cuales considera que una apreciación disímil de los medios probatorios habría generado una decisión distinta.

En lo que atañe al cargo por la vía jurídica, es evidente que el censor pretende un cambio jurisprudencial sobre la materia y para ello trajo a colación una senda argumentativa fundamentada que permite su estudio de fondo.

Expuesto lo anterior, para la Sala es claro que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el Tribunal se equivocó al considerar la improcedencia de la indexación de la primera mesada pensional, cuando entre el retiro del servicio y el goce de la prestación no media un tiempo considerable.

Para dar respuesta, la Corte rememora que en la decisión que se estudia, el Juez de alzada acogió el criterio vigente de esta Corporación.

Incluso, recientemente en un pronunciamiento donde hizo parte la misma entidad demandada se dijo:

De ese modo, el otorgamiento de la indexación, no significa un enriquecimiento del acreedor en perjuicio del deudor y, específicamente, en el campo del derecho al trabajo y de la seguridad social, no conlleva una suerte de concesión adicional, razón por la cual se ha llegado a reconocer aun de forma oficiosa, tal como se dijo en fallo CSJ SL619-2022.

En esta última providencia, en revisión de un fallo ejecutoriado de esta jurisdicción, se explicó que la actualización de los salarios que sirven de base para calcular la base salarial de la pensión, procede única y exclusivamente cuando se avista un tiempo considerable entre el retiro del servicio y el goce de la prestación (CSJ SL4033-2022).

Y en la misma providencia añadió:

[...] Bajo esas premisas, la razón no está del lado del recurrente, por cuanto no en todos los casos hay lugar a la indexación y, conforme con lo analizado, se excluyen expresamente aquellos en que la causación del derecho a la pensión, sucede de forma inmediata al devengo de los salarios, ya que allí no se sufren las consecuencias de la devaluación, por no existir siquiera un intervalo entre un evento y el otro.

Como puede verse hasta aquí, no acierta la recurrente en cuanto al yerro intelectual que enrostra al fallo de segundo grado, en tanto el Juez plural, al adoptar el criterio de la jurisprudencia predominante sobre la materia, no contrarió el espíritu de las normas acusadas.

Ahora bien, la censura pretende que la Corporación recoja esta postura y expone para ello el argumento por el cual considera que debe darse aplicación a la fórmula de indexación del índice final sobre el índice inicial, teniendo para ello la variación del IPC, de diciembre de 1991 para el primero y del mismo mes de 1990 para el segundo, respecto

de los salarios devengados durante 1991.

Este aspecto ya ha sido objeto de pronunciamiento y en la providencia atrás citada se iteró lo dicho entre otras en la decisión CSJ SL1945-2021, así:

En el camino propuesto, primero, se debe recordar que en relación con la figura de la indexación, la jurisprudencia de esta Sala ha adocinado: i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; ii) que 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 (sentencia CSJ SL736-2013 reiterada en CSJ SL1144-2020, entre otras).

De igual forma, esta Corporación ha establecido que para que proceda la indexación de la primera mesada pensional se requiere que transcurra un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 46832, CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 51403, CSJ SL698-2013, CSJ SL4106-2014, CSJ SL8248-2014, CSJ SL10506-2014, CSJ SL11386-2014, CSJ SL11384-2014 y CSJ SL1361-2015, CSJ SL13076-2016, CSJ SL3191-2018, CSJ SL2880-2019 y CSJ SL649-2020). [...]

En este horizonte expuesto, le asiste razón a la censura en el descontento encaminado por la senda jurídica, pues al estar por fuera de discusión que el señor Cortés Ortiz trabajó hasta el 13 de junio de 1994 y, que el día 14 del mismo mes y año se le reconoció la pensión de jubilación, no era procedente la indexación de la primera mesada pensional. En otras palabras, incurrió el juzgador en la infracción que se le atribuye, pues el ingreso base de liquidación de la prestación de jubilación no podía sufrir pérdida del poder adquisitivo, toda vez que no hubo solución de continuidad entre la terminación del vínculo y el disfrute de la pensión.

Lo precedente resulta más claro, al recordar que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho– y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación– y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior (CSJ SL4629-2016, CSJ SL5509-2016 y CSJ SL13688-

2016). Pues al aplicarse dicha fórmula a los supuestos aquí indiscutidos, se tendría que tomar el IPC de 31 de diciembre de 1993, para sustituir ambos valores, luego de dividirse, daría como resultado 1 y, al multiplicar este por el promedio de lo devengado en el último año, el salario base para liquidar la pensión sería exactamente el mismo.

Por ello, habrá de decirse que la Sala ya tuvo la oportunidad de referirse a tal inferencia y, por tanto, el fundamento de su postura no sufre alteración, dado que no se aportan nuevos elementos de juicio que puedan variarla, en el sentido que de no mediar un tiempo considerable entre el retiro del servicio y el goce de la pensión, no hay lugar a aplicar la fórmula de indexación solicitada.

Lo anterior se resalta, porque esta no aplica mes a mes como lo sugiere el recurrente, sino que toma como fechas hito del cálculo la de estructuración del derecho y la del último salario o de desvinculación, y al aplicarse dicha fórmula a los supuestos aquí indiscutidos se tendría que tomar el IPC de 31 de diciembre de 1991, para sustituir ambos valores, luego de dividirse, daría como resultado 1 y, al multiplicar este por el promedio de lo devengado en el último año, el salario base para liquidar la pensión sería exactamente el mismo.

Dicha situación cobra mayor relevancia en atención a la presunción de acierto y legalidad que reviste al fallo recurrido. Lo dicho se afirma, puesto que el sustento de no sufrir una variación del IPC anual, aplicado por el Tribunal, no fue objeto de ataque y al ser este un pilar de la sentencia que no fue derruido, la misma suerte debe correr el proveído en estudio.

Por último, en lo que respecta a los posibles yerros en la valoración probatoria que se acusa cometió el Juez de alzada, en el ataque se pretende hallar una confesión que no existe. Así pues, el dicho de la entidad demandada respecto al promedio de salarios que utilizó para liquidar la pensión, esto es, el lapso comprendido entre mayo de 1991 y abril de 1992, no puede extenderse a que los tiempos comprendidos durante el primer año estuvieran afectados por la pérdida del poder adquisitivo.

Al contrario, Emcali en todo momento y de manera consistente negó que la demandante tuviera el derecho a la indexación pretendida. Asimismo, el cargo desconoce que no valdrá la confesión de los representantes legales de las entidades públicas de cualquier orden, en los términos del artículo 195 del Código General del Proceso.

En la misma línea, del análisis de la documental atacada, esto es, la relación de valores recibidos por el compañero permanente de la actora en el último año de servicios y la Resolución n.º 1084 de fecha 29 de julio de 1992, por la cual se le reconoció la prestación pensional a Serna Palacios, el Juez colegiado halló que entre el retiro del servicio de este último y el reconocimiento de la pensión medió solo un día, con lo cual se evidencia que no hubo pérdida del poder adquisitivo y, por ende, no hay lugar a la requerida, conforme al precedente.

Y aunque el Juez de alzada no se refirió en la decisión a la liquidación de cesantías definitivas, no encuentra la

Corte que su razonamiento hubiese sido diferente, con un alcance de evidente, grosero y manifiesto que sea susceptible de romper la providencia objeto de recurso, toda vez que habría llegado a la conclusión que entre el retiro y disfrute de pensión no hay un lapso considerable que amerite la indexación de la primera mesada.

Estos motivos son suficientes para concluir que las acusaciones no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la demandante y a favor de Colpensiones por ser la única opositora. Fíjense como agencias en derecho la suma de cinco millones trescientos mil pesos (\$5.300.000), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia realice, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que el 5 de diciembre de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió dentro del proceso ordinario laboral que **OMAIRA NOSCUE DE YONDA** adelantó contra **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E E.S.P.**, trámite al cual se vinculó la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** en calidad de litisconsorte necesario.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

No firma por ausencia justificada

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



MARJORIE ZUÑIGA ROMERO