

**AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA INDEXACION DE LA BASE
SALARIAL PARA LIQUIDAR LA PRIMERA MESADA PENSIONAL**

JULIETA ELENA BARBOZA MENDEZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

**AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA INDEXACION DE LA BASE
SALARIAL PARA LIQUIDAR LA PRIMERA MESADA PENSIONAL**

JULIETA ELENA BARBOZA MENDEZ

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título
de Abogada**

ASESOR

DR. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Laboral

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2009

Nota de Aceptación:

Jurado

Jurado

Medellín, 2009

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

- I. Reseña histórica sobre la indexación en Colombia.
- II. Precedente judicial en la revaluación de créditos.
- III. Precedente judicial de la indexación en materia laboral.
- IV. Precedente judicial de la indexación en el Consejo de Estado - Sección Segunda- en materia laboral.
- V. Precedente judicial de la indexación en la Corte Constitucional.
- VI. Jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia en materia de indexación de la primera mesada pensional.
- VII. El papel del juez en la jurisprudencia sobre indexación.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Para abordar la temática de la indexación de la base salarial para la liquidación de pensiones, es necesario remitirse previamente a la actualización de acreencias laborales en la jurisprudencia nacional. Por ello en una primera parte se hará una breve reseña histórica que permitirá dilucidar su origen y así entender que este fenómeno es un “*sistema de adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros de referencia que solos, o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de vida, el nivel de aumentos de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de los productos alimenticios de primera necesidad, etc.*”¹.

Para estos fines, se presentará un resumen de la jurisprudencia civil sobre el tema como *precedente* judicial que se ha tenido en cuenta en la jurisprudencia laboral y se señalarán, de manera sucinta, los principales argumentos que exponen los partidarios de la indexación, en oposición a los presentados por aquellos que la niegan rotundamente cuando se trata de

¹ Jiménez Díaz, Ernesto. *La indexación en los conflictos laborales*. Página 97. Revista Derecho Social No. 32 dic. 1991. Bogotá.

aplicarla a derechos pensionales adquiridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

También se presentarán elementos que permitan adoptar una posición crítica ante el problema de la indexación de los salarios, base para liquidar la primera mesada pensional, cuando se trata de obligaciones a cargo del empleador y en el caso específico de los trabajadores que una vez cumplen su tiempo de servicio en la empresa, se retiran y no continúan cotizando al sistema de pensiones porque consideran que ya tienen derecho a este reconocimiento, y tan sólo esperan cumplir la edad requerida para ello. El problema radica en que el salario devengado durante el último año de servicio, resulta ser una proporción irrisoria del salario vigente al momento de cumplir la edad y reclamar la pensión, porque el fenómeno de la devaluación económica ha disminuido el valor real del dinero. Esto significa que con el mismo billete de \$20.000 (valor nominal) con el que hace 5 años se compraba cierto número de mercancías, hoy ya no se puede comprar la misma cantidad; o en otras palabras, que el mismo número de productos no se puede comprar con la misma cantidad de dinero porque ahora cuestan más (disminución del valor real).

Una vez delimitado el problema, se propondrán términos de referencia que permitan caracterizar la indexación como un fenómeno objetivo aplicable a la primera mesada pensional sin distinguir la normatividad aplicable en el

momento cronológico en que se adquirió el derecho y así hacer una contribución al Derecho en el área laboral y de la seguridad social, orientando la posición que se decida defender, más aún cuando se trata de proferir un fallo judicial que se oponga diametralmente al precedente judicial, con fundamento en la interpretación hecha de los principios constitucionales que puede hacer todo operador del Derecho.

Para lograr ese objetivo se debe delimitar el marco conceptual dentro del cual se pretende definir el término indexación, su aplicación y sus efectos. También es necesario hacer un análisis juicioso del contenido de las decisiones judiciales de las altas cortes que han marcado un hito y representan el cambio de paradigma jurisprudencial y a la vez verificar cuáles se avienen con la norma constitucional.

La hipótesis planteada es tratar de verificar si los mecanismos de actualización monetaria no sólo se deben aplicar a las mesadas pensionales que se encuentran amparadas por el régimen de revaluación contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, (no siendo la única forma), sino que también deben obrar sobre las pensiones reconocidas con anterioridad y sin distinguir si son legales o extralegales, diferencia que se aclarará más adelante o, si se puede o no restringir el sentido de la norma constitucional a la aplicación de la actualización monetaria únicamente al tipo de pensión “legal” y, si tal restricción pugnaría con los principios de igualdad y

favorabilidad que se ciernen sobre las relaciones laborales y las que de ellas se derivan, pues no hay que dejar de lado que el artículo 53 de la norma superior tiene como finalidad el amparo especial de los derechos sociales de modo que, en principio, permitiría interpretar que todas las pensiones deben recibir el mismo tratamiento en cuanto a su indexación, como fenómeno económico que afecta, en realidad, toda obligación cuyo pago se deba hacer en dinero o moneda legal corriente.

Para un mejor entendimiento del asunto planteado, se torna necesario distinguir jurídicamente los conceptos que se utilizarán a lo largo del contenido. Uno de ellos, tal vez el de mayor importancia, es la **inflación**. Llamamos inflación, al crecimiento continuo y generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en una economía; otras definiciones menos precisas lo explican como un movimiento persistente al alza del nivel general de precios o disminución del poder adquisitivo del dinero².

La indexación pretende atender jurídicamente a los distintos conflictos y situaciones que acompañan a la inflación. El primero de ellos es la **depreciación**, o la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nominal, este fenómeno puede estar acompañado de una decisión gubernamental de desvalorizar la moneda local, es decir atribuir a la moneda un valor nominal

² [Http://ar.geocities.com/notaseconomia/Inflacion.htm](http://ar.geocities.com/notaseconomia/Inflacion.htm)

inferior al que tenía anteriormente con relación a otras divisas, fenómeno también llamado devaluación.

Cuando se habla de **pensión de jubilación** se hace referencia a la obligación a cargo del empleador y a favor de los trabajadores con 20 años de servicios continuos o discontinuos a una misma empresa y 50 años de edad, si es mujer y 55 si es hombre, equivalente al 75% del salario promedio del último año. Esta prestación la asumió el Instituto de Seguros sociales a partir de 1967, con las excepciones y casos especiales que contemplan la ley y la jurisprudencia. La Ley 100 de 1993 derogó esta norma y precisó que esta pensión a cargo de los empleadores sería asumida por las entidades administradoras de los regímenes pensionales de prima media con prestación definida (ISS) y de los fondos privados de pensiones donde están afiliados los trabajadores. No obstante la derogación del artículo 260 del C.S.T., éste aún se aplica por *ultractividad* a aquellas situaciones que se consolidaron durante su vigencia.

De otra parte, se entiende por **pensión restringida de jubilación o pensión sanción**, aquella que tiene una finalidad indemnizatoria, en la medida en que se trata de una pena que se impone al empleador que frustra con un despido sin justa causa la expectativa que tenía el trabajador de jubilarse después de que había laborado a su servicio más de 10 años. Lo anterior quiere decir que la asunción del seguro de vejez por el ISS, no había subrogado a los

empleadores en el pago de la pensión sanción regulada por el artículo 267 del C.S.T.

Ahora bien, el concepto de **pensión de jubilación por aportes** comprende a todos los empleados oficiales y trabajadores particulares, quienes al cumplir 60 años o más, si es varón y 55 años o más si es mujer, acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social o en el ISS. Este tipo de pensión — al igual que la de jubilación—, pasó a cargo de los Fondos particulares o del ISS a partir de la Ley 100 de 1993.

Con la expresión **pensión extralegal** se denota aquella que es producto del acuerdo de voluntades entre empleadores y trabajadores ya sea a través de convención, pacto colectivo o que simplemente obedece a la mera liberalidad del empleador. Estas pensiones se rigen por las reglas acordadas en cuanto a los requisitos para adquirir el derecho, pero tienen amparo legal toda vez que se reconocen las convenciones y pactos como fuentes formales de derecho, a pesar de que no tienen las características de una ley.

Finalmente, la **pensión de vejez o pensión legal** que actualmente presenta dos modalidades: régimen de ahorro individual y régimen de prima media, con características y presupuestos diferentes regulados por la Ley 100 de 1993 que entró en vigencia el 1º. de abril de 1994, con algunas

modificaciones hechas por la Ley 797 de 2003 en cuanto a los requisitos de edad, semanas cotizadas y montos. Este régimen previó mecanismos de actualización de la base salarial para calcular la pensión; sin embargo, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, en postura sostenida hasta mediados de 2007, hacer una aplicación de estos mecanismos a las pensiones consolidadas antes de su entrada en vigencia es hacer una aplicación retroactiva de la ley que no ha sido prevista por el legislador, tema que será objeto de discusión más adelante.

Lo anterior fue objeto de discusión y en pronunciamientos posteriores, como se expondrá más adelante, la misma corporación varió la tesis aceptando la indexación de las mesadas pensionales causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991. Criterio que se sostiene la Sala Laboral en la actualidad.

I. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA INDEXACIÓN EN COLOMBIA

Teniendo claridad sobre los conceptos anteriores se entra en materia, anticipando un recuento cronológico de la manera como se fueron adoptando diferentes mecanismos de actualización monetaria que, no obstante tener diferencias desde el punto de vista económico, llamaremos indistintamente revaluación, corrección o simplemente indexación, toda vez que para los fines de este trabajo no tiene incidencia grave la distinción.

El sistema de protección de los derechos y créditos laborales estatuido en la regulación laboral de mitad del siglo XX en Colombia, (Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945 y Decretos 2663 y 3747 de 1950) en el aspecto económico se basaba sustancialmente en sanciones dinerarias tasadas en proporción al valor determinable en días de salario del trabajador vulnerado. Esta ecuación se realizaba con el salario devengado a la fecha, cuyo pago debía efectuarse en moneda de curso legal. Los montos reparaban integralmente los perjuicios ocasionados en el ejercicio abusivo del derecho o potestad patronal por parte del empleador público o privado.

Evidentemente el sistema legal laboral de protección de medio siglo nunca consideró como variable o en perjuicio del trabajador el envilecimiento de la moneda de curso legal, salvo la Ley 187 de 1959, que regulaba la remuneración de los trabajadores estatales y privados, estableciendo “un

reajuste de los salarios mínimos en vigencia, de acuerdo con las alzas registradas en el costo de la vida desde el momento en que estos salarios fueron promulgados” y, especialmente, una prima móvil al salario liquidada en proporción directa a los aumentos de los índices promedios del costo de vida (art. 7 ibídem). No obstante, el genuino criterio protector del trabajo frente al envilecimiento monetario no tuvo aplicación real.

En 1967, se implantó en el país una política monetaria y cambiaria, caracterizada entre otros por la introducción de la devaluación “gota a gota” (Decreto 444/67), que envilecía constantemente la moneda, afectando negativamente los derechos y créditos laborales insolutos parcial o totalmente. La reorientación del manejo monetario se consolidó en 1972 (Decreto 677) con el establecimiento del sistema de intermediación financiera “Unidades de poder adquisitivo constante” (UPAC’s) creado para fomentar el ahorro destinado a la actividad de la construcción, y que *“para efectos de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos a los que se refiere el presente Decreto, unos y otros se reajustarían periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y estos reajustes se calcularían de acuerdo con la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor para empleados, de una parte, y para obreros, de otra”* (art. 3º del Decreto 677 de 1972). La regulación económica generalizó la actualización de los

créditos en proporción al envilecimiento monetario, por ejemplo, en efectos fiscales (Ley 75/86) y fijación de canon de arrendamiento (Ley 56/85).

Con todo, la fijación del salario mínimo legal no estaba normativamente vinculada a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; consecuentemente, tampoco las pensiones de jubilación o de vejez, invalidez o sobrevivientes que se reajustaban por mandato legal (Leyes 10ª. y 4ª. de 1976) en proporción directa con el incremento del salario mínimo legal.

La reforma a la regulación contenciosa administrativa (Decreto Ley 01 de 1984) estatuyó la indexación o ajuste al valor en su artículo 178, el cual señaló que *“la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción de lo contencioso deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.”*

En las postrimerías de 1990, en el marco de las medidas legislativas para viabilizar la internacionalización de la economía, el Congreso de la República aprobó la reforma laboral (Ley 50/90), la cual, en punto al objeto de este escrito, remozó el sistema de protección de los derechos y créditos de los trabajadores con incremento en algunas indemnizaciones, pero hizo caso

omiso de la reiterada jurisprudencia que consideraba la devaluación monetaria como un hecho notorio. Se desaprovechó así la oportunidad de la legalización de la indexación en materia laboral. Por tanto, el Estado debía continuar protegiendo los derechos y créditos de los trabajadores mediante la revaluación judicial sin ley.

La nueva Constitución estableció como columnas fundantes del Estado Social de Derecho principios, valores y derechos al trabajo, la dignidad humana y la igualdad y definió como fines esenciales del Estado la garantía y efectividad de estos principios, derechos y valores, “dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.” Así mismo, se impuso al Estado la obligación de velar “por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.” (C.P. art. 373).

En este marco constitucional está consagrada expresamente la indexación como el derecho a la movilidad de la remuneración y el reajuste periódico de las pensiones (C.P. art. 53) y, por tanto, los empleadores deben respetarlo como derecho ajeno (C.P. art. 95.1). Como derecho constitucional, la indexación es plenamente garantizada frente a cualquier normatividad en razón a la primacía e integralidad de la Constitución (C.P. art. 4 y 241).

La indexación ha sido desarrollada en la legislación postconstitucional como en la Ley 100 de 1993 artículos 14, 21, 36 y 117, donde el concepto de actualización de sumas dinerarias se materializa en el mantenimiento “del poder adquisitivo constante”, siempre en relación con la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.

II. PRECEDENTE JUDICIAL EN LA REVALUACIÓN DE CRÉDITOS

Las primeras soluciones ante la problemática de la desvalorización de la moneda y la corrección monetaria se dieron en el ámbito de los conflictos jurídicos entre capital y capital ante la jurisdicción civil; allí la revaluación se fundamentó en los siguientes aspectos:

1) En sentencia del 9 de julio de 1979, la Sala de Casación Civil estableció que la indexación repara los perjuicios ante una modalidad de daño emergente, donde se dijo como es “la desvalorización monetaria experimentada por las sumas que el comprador cumplido pagó al vendedor incumplido desde la fecha en que la entregó hasta tanto le sea devuelta conforme a la liquidación hecha pericialmente.”

2) En fallos de 24 de abril y 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y de una más actualizada hermenéutica de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía como un principio rector en el Código Civil y como un valla infranqueable en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

3) Con base en fallo de 30 de marzo de 1984, el pago que extingue la obligación dineraria debe ser íntegro o completo: “Pues sobre el particular

establece el inciso segundo del artículo 1626 del C.C. que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe y para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inciso segundo del artículo 1646 ibídem, cuando dispone que el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.”

4) El pago no libera, por ser incompleto, cuando se paga con moneda desvalorizada: Pues tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago. De suerte que no resulta ser exacto y legal que el deudor moroso que paga con moneda desvalorizada, extinga en esas condiciones real e íntegramente la obligación por él debida y menos, que el pago así efectuado sea justo y equitativo, como quiera que de aceptarse obtendría un provecho indebido, producto de su propio incumplimiento y con desmedro económico para el acreedor.

5) La depreciación de la moneda no requiere prueba: Por su reiteración o cronicidad, entró según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos públicos y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado

se encuentra relevado de su demostración³, lo que demuestra que es un fenómeno objetivo que se causa por el mero paso del tiempo.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Marzo 24 de 1983.

III. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA INDEXACION EN MATERIA LABORAL

Con base en lo anterior la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, estructura la doctrina laboral sobre indexación con los siguientes argumentos:

1) Los principios del derecho del trabajo, así como los de equidad y justicia, la jurisprudencia, la consagración positiva de la corrección monetaria en varios campos de la actividad civil en nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia extranjera, la escasa producción doctrinal nacional, las normas reguladoras del pago, los principios del enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual y demás principios constitucionales.⁴

2) La aplicación analógica de la ley que se encuentra establecida a nivel constitucional en el artículo 230 y con anterioridad expresamente en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y también en el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 19.⁵ Igualmente en una modalidad de daño emergente

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Radicado 4486 de noviembre 13 de 1991.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Hugo Suescun Pujols. Radicado 4964 de mayo 15 de 1992.

entendido como el perjuicio que sufre el trabajador a raíz del retardo o mora del empleador al pagar un crédito laboral.

3) La indexación sin ley en materia laboral debe ser solventada por una revaluación judicial, en el entendido de que la lucha del derecho para preservar la equidad frente al fenómeno económico de la creciente devaluación de la moneda, debe ser a nivel legislativo, pero también resulta posible y urgente planteado en el campo judicial con base en la evidente equidad y en los principios generales del derecho que deben ser aplicados a los nuevos hechos.

4) La finalidad de la indexación no es la de establecer un incremento, o un mayor valor de la deuda original, sino evitar una disminución en el patrimonio del trabajador por el simple transcurso del tiempo y su depreciación monetaria con la cual fundamentalmente se está estableciendo la equidad y la justicia y, que al momento de su satisfacción o pago éste no resulte deficitario o incompleto originando un enriquecimiento sin causa del deudor.

5) La indexación de las acreencias y derechos de los trabajadores, exigibles e impagados, representó la crisis del nominalismo y la vigencia del realismo. El primero constituye un dogma economicista obsoleto, es una ficción que afecta el equilibrio entre las partes. El realismo monetario afirma que la

obligación dineraria está determinada por el poder adquisitivo de la unidad monetaria, el cual la condiciona.⁶

6) La procedibilidad de la indexación para acreencias laborales exigibles e impagadas, es únicamente para aquellos casos en que la ley laboral no se haya ocupado de reconocer la compensación de perjuicios cuando por la mora de su solución o de dar a ese crédito de beneficio el reajuste automático y regular en relación con el costo de la vida.

7) La indexación no tiene naturaleza de sanción por cuanto no está enfocada a reprender a una de las partes sino que pretende que las acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores se solucionen actualizadas o sea que en ese momento no hayan perdido su valor adquisitivo.⁷

8) La indexación sólo opera de manera excluyente y residual, esto es, que se aplica cuando el juez no ha condenado a la revaluación de acreencias o derechos laborales con el reconocimiento de una indemnización de perjuicios o una actualización legal, ya que cuando el empleador no cancela en su debida oportunidad las obligaciones laborales a su cargo distintas a aquellas

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Hugo Suescun Pujols. Radicado 4826 de julio 9 de 1992.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio. Radicado 6783 de febrero 18 de 1994.

donde la propia ley ha impuesto una sanción o donde ha recibido el beneficio por disposición legal, es procedente la corrección monetaria para que el pago sea completo.

En 1996 se presenta una variación jurisprudencial, en tanto que la indexación sólo versaba sobre acreencias exigibles e impagadas que hayan padecido el efecto de la devaluación monetaria, por cuanto la jurisprudencia se fundamentaba en una modalidad de daño emergente entendido como el perjuicio que sufre el trabajador a raíz del retardo o mora del empleador en pagar el crédito laboral, al ampliar el ámbito de aplicación de la revaluación judicial, a acreencias que, determinada en su cuantía con acomodo a una pauta legal establecida, aún no era exigible, pero a la cual se proyectan indudablemente los efectos negativos de la devaluación de la moneda⁸, como es el caso de las pensiones de jubilación que será exigible sólo hasta cuando se cumpla el requisito de la edad, varios años después. En esta circunstancia la Corte se inclinó sobre la tesis mayoritaria que señala que la revaluación judicial no tiene por fundamento una modalidad de daño emergente sino “razones de justicia y equidad consagradas en los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T.”⁹

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Fernando Vázquez Botero. Radicado 8616 de agosto 5 de 1996.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Fernando Vázquez Botero. Radicado 8616 de agosto 5 de 1996.

Es así como hace crisis la aplicación analógica de las normas de naturaleza civil, para fundarse una nueva postura que adopta principios generales del derecho como soporte para reconocer la indexación en materia laboral. Valga recordar que ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, esta Corte venía disponiendo la indexación de la base salarial de la pensión extralegal y de la restringida de jubilación. Así por ejemplo lo definió en las sentencias del 8 de febrero, radicación 7996 y del 5 de agosto, radicación 8616, ambas de 1996.

No obstante la posición predominante hasta ese momento, a partir de la sentencia No. 11818 del 18 de agosto de 1999, se dio un cambio de jurisprudencia que no aceptó la indexación argumentando principalmente las siguientes razones:

1) En el ordenamiento existe un vacío legislativo *“casi total sobre el fenómeno de la indexación”*, pero tal vacío no se presenta respecto de la primera mesada pensional, como quiera que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo *“dispuso de manera expresa factores económicos precisos”* para calcularla, [la pensión será igual *“al 75% del salario promedio del último año”*].

La verdad es que no existe norma legal específica que prevea un mecanismo de corrección monetaria que a todas luces resulta necesario en

este caso, pues lo que regula el artículo 260 es cómo hallar la base salarial pero no cómo actualizarla, además de no existir norma que prohíba o excluya tal indexación.

2) La indexación es una medida excepcional, en cuanto consiste en un mecanismo de *“revalorización de ciertas obligaciones dinerarias.”*

A lo cual se puede responder que está demostrado que la indexación como fenómeno económico objetivo de ajuste de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y como hecho notorio, se impone por la realidad a que sea aplicado a toda obligación que se deba cancelar en dinero y a las cuales no se les haya aplicado otra medida que compense la devaluación (intereses o sanciones).

3) No se indexan las obligaciones contractuales - en tanto acreedor y deudor han tenido oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario; no se indexan las obligaciones cuyo nacimiento se sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, como quiera que no se indexan los derechos eventuales, incompletos e imperfectos - entre los que se cuenta el derecho del trabajador a demandar el pago de la pensión de jubilación, cuando su relación laboral concluye antes de cumplir la edad requerida para acceder a la prestación.

Este argumento se desdibuja cuando se hace la precisión del momento en que nace el derecho: es decir que el derecho a la pensión sanción se adquiere en el momento en que el trabajador cumple su tiempo de servicio y la edad no es un elemento constitutivo del mismo, por lo que se trata de un derecho cierto, una situación jurídica concreta; la edad, es una condición para el pago, por lo tanto es viable la actualización para traer a valor presente el valor de la obligación contraída hace algunos años. En cuanto a que las partes no previnieron los efectos de la inflación, se debe recordar que las normas legales cumplen la función de derecho supletorio, esto es, que si un punto se escapa al acuerdo de las partes es la ley la que debe aportar una solución en caso de conflicto sobre esta omisión y si no hay ley, corresponde al juez tomar la decisión.

4) Se indexan las obligaciones puras y simples, existentes y exigibles, cuya fuente es la ley, siempre que ésta no haya previsto ningún mecanismo para que el acreedor incumplido logre restablecer el equilibrio económico generado por el incumplimiento.

Punto que se puede refutar con el contra argumento anterior.

5) La única base de liquidación pensional, la introdujo la Ley 100 de 1993 que para estos efectos, rige desde el primero de abril de 1994, sin que

pueda aplicarse en forma retroactiva. Se aclara que no se pretende hacer una aplicación retroactiva de la ley cuando se aplica indexación.

Lo que se plantea es que teniendo en cuenta que en el ordenamiento existen normas cuya finalidad es la protección de la amenaza de la devaluación en la misma materia, sea ésta razón suficiente para hacer una aplicación de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad como soporte jurídico de superior jerarquía a la norma. En otras palabras, no se aplicaría la Ley 100 del 1993 a pensiones consolidadas con anterioridad sino que se aplicaría la Constitución para garantizar un tratamiento justo y digno en situaciones de evidente desequilibrio económico.

6) Hace una distinción que impide la aplicación del mecanismo contemplado por la ley afirmando que para actualizar la base de la liquidación pensional (..) es indispensable tener en cuenta, no el salario del último año de servicios (como lo señala el artículo 260 del C.S.T.), sino el “Ingreso Base de Liquidación”, conformado por el “promedio de salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Este argumento demuestra que se está hablando de dos cosas diferentes y que si bien existe regulación para determinar la base de liquidación, no es

así con el mecanismo para revaluar esta base, por lo que se ratifica que sí existe vacío normativo.

7) La indexación es una medida excepcional. Un mecanismo de revalorización de ciertas obligaciones dinerarias, cuyo objetivo es poner en equilibrio la ecuación económica gravemente desbalanceada por una fuerte pérdida del poder adquisitivo del peso, de la cual se beneficiaría al deudor ante la consecucional depreciación de su prestación, con claro detrimento del acreedor, quien en últimas se vería obligado, en virtud de unas reglas jurídicas nominalistas, a recibir un pago incompleto.

Con este argumento sólo se evidencia una discriminación de las obligaciones laborales por exclusión cuando se habla de que es “excepcional” y sólo en “ciertas obligaciones dinerarias” porque no hay nada más cierto que la existencia de un desequilibrio económico que perjudica al pensionado y beneficia al empleador, quien muy seguramente conociendo la fecha en que tiene que comenzar a pagar la pensión, ha debido proveer el dinero necesario para ello y éste a su vez está generando rendimientos (intereses) o al menos mantiene su poder adquisitivo (corrección bancaria) mientras hace parte del patrimonio del empleador.

8) La estructura del régimen general de las obligaciones impide que de manera indiscriminada los jueces, amparados en el principio de equidad,

procedan a revalorizar cualquier obligación, porque *ello iría en detrimento de la seguridad jurídica en las relaciones económicas menoscabándose toda convivencia social*. El artículo 2224 del Código Civil, es de un claro tenor y único sentido: “Si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato”; en igual dirección apunta el artículo 1627 *ibidem*. Aquí subyace el basamento del nominalismo colombiano. La ley o los contratantes mismos, empero, pueden disponer cosa contraria; pero, de ninguna manera, se puede proferir una regla general por vía de doctrina contra esta preceptiva del orden jurídico vigente. No se trata, pues, de un derecho de todos los acreedores, ni deviene en forma automática por el simple transcurso del tiempo, ni se predica de cualquier obligación, a menos que sea una exigencia legal, por venir expresamente ordenada en una regla de derecho vigente, *verbi gratia*, en asuntos de indemnización de daños (artículo 16 Ley 446 de 1998).

A lo anterior se puede responder, como lo hizo la Corte Constitucional en su momento, que *“el llamado a desempeñar esta tarea es el juez, que en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución (sus principios y sus normas) con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son*

*ambas procesos de creación de derecho*¹⁰ De tal forma que no se excede el juez que ante la injusticia y sin una ley aplicable toma una decisión a favor de la parte débil de la relación.

9) Si bien es cierto que el juez laboral, en tanto operador del derecho y realizador de la justicia del trabajo, no puede ser indiferente al conjunto de realidades de una comunidad determinada, tampoco puede llegar al extremo de pretender igualarse al legislador.

Planteamiento que se desvaneció en el punto anterior y que permite afirmar que el juez si bien no crea leyes, sí hace el derecho con sus decisiones lo importante es el argumento que le de soporte a su novación interpretativa¹¹.

10) No es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en que el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su

¹⁰ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Sentencia T – 406 de 1992.

¹¹ Araujo Rentería Jaime. Salvamento de voto a la Sentencia C-836/01. En: López Medina Diego. *Interpretación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, año 2002. Páginas 84- 89.

acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia, esto es cumplimiento de una cantidad preestablecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla.

Argumento que se puede contestar recordando que la indexación no es una sanción por incumplimiento sino un mecanismo económico de corrección monetaria, por lo que no representa un aumento de la deuda sino el mantenimiento del valor real de la misma. En cuanto al nacimiento del derecho, éste se da en el momento en que el trabajador cumple su tiempo de servicio, sin importar que tenga que esperar varios años para poder exigir el pago, no el derecho porque ese ya lo adquirió.

Posteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema admitió la reevaluación en comento, sólo para los eventos en que se reclamaran pensiones con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y actualmente, también para las pensiones legales causadas a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, según sentencias del 20 de abril de 2007, radicado 29470 y de 26 de junio de 2007 radicado 28452, en las que se utilizaron como soporte básico las decisiones de la Corte Constitucional del 19 de octubre y 1 de noviembre de 2006, radicaciones D-6247 y D-6246, respectivamente.

De suerte que ahora, frente los antecedentes citados, la Corporación reexamina el tema propuesto variando su tesis, por mayoría.

IV. PRECEDENTE JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO -Sección

Segunda- EN MATERIA LABORAL

La jurisdicción contencioso administrativa que resuelve conflictos jurídicos entre los empleadores estatales y sus trabajadores, clasificados como empleados públicos, cuenta con una indexación regulada legalmente (artículo 178 C.C.A.), que se explica como un acto elemental de equidad, cuya aplicación tiene soporte en los mandatos constitucionales (artículo 230), al igual que en el artículo 48 de la norma superior en el cual la pensión *“ocupa un lugar privilegiado, tiene por finalidad garantizar la subsistencia de las personas de la tercera edad en condiciones dignas y justas”*¹² y en el artículo 53 inciso 3 conforme al cual *“El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”*. La indexación legal obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante devaluación de la moneda en nuestro país, que disminuye continuamente el poder adquisitivo de los ingresos de los servidores del Estado¹³. La indexación es la obligación de la parte condenada a pagar el valor real de lo adeudado, y en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrado Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado de junio 15 de 2000.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrada Ponente: Ana Margarita Olaya Forero de enero 30 de 2003.

parte beneficiada porque lo que en realidad está asumiendo son los efectos de la devaluación que su conducta ha producido en el poder adquisitivo del dinero.

En general la jurisprudencia administrativa, al tener norma expresa desde 1984 se considera pionera en materia de indexación y esta postura¹⁴ avanza hacia la generalización de la aplicación de la corrección monetaria a los asuntos sometidos a esta jurisdicción.

¹⁴ En igual sentido ver las sentencias de fecha agosto 16 de 2001 dentro del expediente N° 0770-99) Subsección "B" del Magistrado Ponente: Tarcisio Cáceres Toro y de abril 18 de 2002 expediente N° 2967 (2162-2001) Magistrado Ponente: Jesús María Lemos Bustamante

V. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA INDEXACION EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

El juez constitucional en reiterados fallos se ha pronunciado por vía de tutela¹⁵ sobre este tema y, finalmente, en sentencia de unificación¹⁶ presenta de manera clara un consolidado de argumentos suficientes para reconocer que se debe indexar la primera mesada pensional y revocar gran número de sentencias, incluso fallos de la Corte Suprema de Justicia, lo cual ha generado un conflicto entre las altas corporaciones. A continuación se presentan las razones, que en realidad ya habían sido tenidas en cuenta por la misma Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en otra época con una tendencia mayoritaria favorable a los intereses de los trabajadores:

1) MANDATO CONSTITUCIONAL - Artículo 53 C.P.: Existe un principio constitucional - el "*Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*" y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

¹⁵ Ver entre otros: Radicados: T-034, T-144 y T-166 de 1998

¹⁶ Corte Constitucional. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia SU-400 de 28/08/97.

2) PRINCIPIO DE IGUALDAD: La Corte debió ordenar la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios –artículo 260 C.S.T-, o el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso. Lo anterior porque i) así acontece con el trabajador que es despedido después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) ésta es la solución adoptada por la ley para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los ex congresistas, y iii) esto ocurre con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, financiadas con recursos del presupuesto nacional, del Instituto de Seguros Sociales, así como las de los pensionados de las Fuerzas Armadas Militares y de la Policía Nacional. Además, se aclara que el establecimiento de regímenes diferenciados en materia pensional no discrimina *per se* a los trabajadores excluidos de la previsión, salvo que de tal establecimiento se derive “*un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable (..).*”

3) PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie.

4) VACÍO NORMATIVO: i) No existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente y, iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

5) PÉRDIDA DEL PODER ADQUISITIVO: los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer del legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales.

Los anteriores fundamentos constitucionales han sido tenidos en cuenta, entre otros, en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁷. En los cuales se reitera la procedencia de la acción de tutela para lograr la indexación de la primera mesada pensional condicionada al cumplimiento de determinados requisitos.

¹⁷ Ver entre otros: Radicados T-224/07, T-779/08.

VI. JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA DE INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

El criterio mayoritario de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre indexación, vigente hasta el 31 de julio de 2007, establecía que la actualización de la base salarial solo operaba para las pensiones de origen legal que se causaran luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Dicha tesis fue replanteada para admitir la aplicación del mecanismo de indexación también para las pensiones extralegales. El fundamento de lo anterior se encuentra en las decisiones que corresponden a los expedientes D-6247 y D-6246 de la Corte Constitucional los cuales señalan que la actualización de la base salarial de las pensiones se debe hacer sin diferenciarlas de su origen, debido a que la misma razón por la cual se le aplica el mecanismo de indexación a las pensiones de carácter legal¹⁸ sirve de justificación para las de origen extralegal o convencional. Ello porque el reconocimiento de éstas últimas *“no determina en principio más que un mejoramiento de un derecho mínimo legal, mediante el cual se flexibilizan las exigencias para su causación o simplemente incrementan su cuantía; luego, respecto de estas prestaciones extralegales, también caben los postulados*

¹⁸ La tesis plantea que la omisión del legislador no puede afectar a una categoría de pensiones, y a las que, por consiguiente, corresponde aplicarles la legislación vigente para otras, con el mecanismo de la indexación, para efectos de liquidar una mesada pensional actualizada.

*constitucionales previstos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones legales*¹⁹. Con lo anterior podemos observar que no hay una razón de peso que justifique la diferenciación entre un trabajador que se pensione de acuerdo con la ley a uno que lo haga, por ejemplo, con arreglo a lo establecido en una convención colectiva porque el impacto del fenómeno económico de la inflación lo sufre tanto el uno como el otro; en el entendido de que la finalidad de la corrección monetaria no es hacer más onerosa una obligación personal, sino por el contrario lo que busca este mecanismo es mantener el valor económico de la moneda como consecuencia de su constante envilecimiento. Es por ello que su aplicación, respecto de pensiones extralegales, no altera de ningún modo el acto inicial de reconocimiento, hecho en vigencia de la Constitución, debido a que lo que se quiere es una actualización del monto para mantener su valor constante.

Esta posición es la que se encuentra vigente en la actualidad, como se puede observar en las sentencias de radicados 34704, 34082 de 10 de febrero de 2009, entre otras.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego. Radicado 29022 de 31/07/07.

VII. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE INDEXACIÓN

Es un punto incontrovertible que no existe sistema jurídico perfecto y que por lo mismo, no es difícil encontrar vacíos normativos toda vez que es imposible regular en su totalidad los comportamientos sociales, económicos o políticos y menos que las reglas existentes sean aplicables en todo momento histórico. Pero sí es posible establecer con anticipación parámetros generales, a través del consenso, que permitan orientar las decisiones que se tomen respecto con una situación específica. Precisamente en un Estado Social de Derecho, la función de los jueces es la solución pacífica, constitucional y racional de los conflictos sometidos a su consideración; el operador judicial que reconozca vacíos legales los debe superar ejercitando el principio de integración normativa y utilizando como herramienta la interpretación sistemática de sus reglas. Así lo entiende la Corte Constitucional cuando expresó “*en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces*”²⁰.

Como la jurisprudencia en materia laboral tiene su mayor obstáculo en la jurisdicción ordinaria laboral, por carecer de una norma que la regule, como ya se explicó, se puede inferir que existen dos caminos para superar los

²⁰ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-083 de 1995.

vacíos legales sobre la indexación: el seguido por la Corte Suprema en alguna época, aplicando indexación por analogía, fundamentada en razones de justicia y equidad consagrados en los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., y el seguido por la Corte Constitucional en aplicación directa de la Constitución.

De lo expuesto a lo largo de este escrito, se deduce que la aplicación analógica que venía haciendo la Corte Suprema de Justicia entró en crisis cuando se advirtió que la indexación entendida como una modalidad de daño emergente, entendido como el perjuicio que sufre el trabajador a raíz del retardo o mora del empleador en pagar un crédito laboral, resultaba inconsistente por cuanto en la regulación laboral los riesgos siempre están en cabeza del patrono, dado que el trabajador en relación con el empleador “nunca puede asumir sus riesgos” (artículo 28 C.S.T.) y mucho menos aquellos que provienen de una permanente devaluación monetaria, totalmente independiente de su voluntad y de su régimen de obligaciones. Esta hermenéutica legal, herencia de la Constitución de 1886, exigía la existencia de una norma legal para solucionar una situación y a falta de ella se podría acudir por analogía, a una norma similar. Desde este punto de vista, la doctrina constitucional tan sólo servía para “fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (art.5 Ley 153 de 1887). En este contexto se puede encontrar explicación a la posición adoptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia cuando recurría a la justicia y la equidad para conceder la indexación. Posteriormente, bajo la misma hermenéutica legalista decidió no concederla porque no existía norma que así lo ordenara.

A partir de la Constitución del 1991, se impuso la hermenéutica constitucional la que permitía la aplicación directa de los artículos de la Carta a situaciones que no encontraban respuesta dentro del rango de las normas legales. Así pues, a través de las sentencias de la Corte Constitucional se fue construyendo una línea jurisprudencial que apuntaba a defender e imponer los principios y valores constitucionales, que ya se estudiaron, en situaciones de evidente desequilibrio entre las partes. Sin embargo, aún no han sido vinculados muchos que se pueden ahora mencionar: a) el derecho de la población a la primacía e integridad de la Constitución (arts. 4 y 241); b) el deber de las personas, incluidos los empleadores y juzgadores, de acatar y cumplir con la Constitución (art. 95) ; c) el deber de las personas, incluidos los empleadores, de respetar los derechos ajenos y no abusar de los derechos propios (art. 95.1); d) el principio de un marco jurídico democrático que garantice un orden social y económico justo (preámbulo constitucional); e) el fin esencial del Estado de promover la prosperidad general (art. 2); f) el derecho fundamental a la subsistencia que se puede colegir del derecho a la vida, a la salud, al trabajo y la seguridad social como elementos mínimos para subsistir, entre otros.

Entonces, son muchas las razones que justifican que un juez conceda la indexación como producto de su interpretación y en defensa de la Carta Superior, alejándose incluso de su propio precedente judicial sin que esto ponga en riesgo la seguridad jurídica, característica que obra como soporte fundamental de un sistema jurídico.

CONCLUSIONES

La discusión sobre si procede o no la indexación de la primera mesada pensional pone sobre la mesa problemas tanto de tipo jurídico como económico. En cuanto a lo primero, las diametralmente opuestas concepciones que a través del tiempo, en este tema, han tenido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, máximos órganos judiciales en su jurisdicción correspondiente, ha suscitado un caos jurídico al poner en la cuerda floja el precedente judicial y resquebrajar el principio de la seguridad jurídica, dado que la persona que sentía la vulneración de su derecho de mantener el valor real de su mesada pensional y acudía a la jurisdicción ordinaria para su resarcimiento, encontraba una respuesta nugatoria a su pretensión, mientras que si acudía a la jurisdicción constitucional por vía de tutela encontraba, no sólo el amparo de su derecho sino también la revocatoria de un fallo proferido por autoridad judicial competente, convirtiéndose entonces esta jurisdicción en una instancia más, actuando como superior jerárquico hecho que nunca se ha contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo segundo, las consecuencias económicas que acarrearán estos ajustes por ínfimos que sean, generan una situación que puede resultar inesperada para quien tiene a cargo el pago de la pensión, ya sea el empleador cuando es pensión de tipo extralegal, o el Estado con cargo a la

cuenta del pasivo pensional que administra a través de sus instituciones especializadas, quienes como obligados no contaban con que al momento de reconocer el derecho pensional se verían compelidos a asumir un costo adicional que no ha sido causado por la relación laboral que originalmente vinculó al empleador y al trabajador, sino por un fenómeno económico de tipo inflacionario.

Lo cierto es que la Constitución Política en su artículo 53 consagra la obligación a cargo del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. En desarrollo de esta premisa, la Ley 100 de 1993 reconoció intereses moratorios liquidados sobre las pensiones a partir de 1994 y para quienes habían adquirido este derecho antes de este año, fijó el respectivo reajuste mensual. También reconoció la actualización del ingreso base de liquidación (artículo 21).

En todo caso los mecanismos de actualización monetaria no sólo se deben aplicar a las mesadas que se encuentran amparadas por éste régimen (Ley 100), sino que también deben obrar sobre las pensiones reconocidas con anterioridad y sin distinguir si son legales o extralegales. No se puede restringir el sentido de la norma constitucional a la aplicación de la actualización monetaria únicamente al tipo de pensión “legal” porque esta discriminación pugnaría con los principios de igualdad y favorabilidad que se ciernen sobre las relaciones laborales y las que de ellas se derivan. Por el

contrario, observando que el artículo 53 de la norma superior tiene como finalidad el amparo especial de los derechos laborales, se debe interpretar que todas las pensiones deben recibir el mismo tratamiento en cuanto a su indexación, sin tener en cuenta bajo que régimen son concedidas. La Corte Suprema por su parte hoy en día sostiene el reconocimiento de la indexación de las pensiones legales y extralegales *a partir de la Constitución de 1991*

Ahora bien, no siendo suficiente las razones jurídicas expuestas, se tiene que la indexación como fenómeno económico que es se debe aplicar a toda relación que ha generado una obligación de contenido patrimonial, que se deba extinguir con el pago de dinero o moneda legal corriente y obviamente las relaciones laborales están dentro de esta categoría, dado que el dinero no importa en manos de quien esté, es objeto de devaluación si se mantiene estático (debajo del colchón) o puede obtener incrementos, como es lo más corriente, ya sea por intereses o por corrección bancaria. Así es que objetivamente, resultaría materia de un enriquecimiento sin causa que el dinero que se ha destinado para el pago de pensiones, que en un momento dado se halla dentro del patrimonio del empleador generando estos incrementos, pase al patrimonio del trabajador sin el producto de estos aumentos, dejándolos como utilidad en el patrimonio del empleador.

De contera, es claro que la indexación es una variable económica de tipo objetivo que no obra como una sanción por la mora del obligado al pago de la

pensión porque ésta, además de ser diferente a la actualización monetaria, implicaría la revisión de una causal de culpa para determinar si es procedente o no. Para indexar no se necesita que obre un factor de atribución subjetivo, sólo se necesita que transcurra el tiempo y automáticamente el valor nominal del dinero se convierte el valor real.

La Corte Suprema de Justicia en su doctrina sostenía que no era posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación, porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir del cumplimiento de los requisitos de ley y una vez adquirido el derecho nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. La obligación surgida, esto es, la mesada pensional, se calcula mediante factores matemáticos precisos. Según ésta corporación, no existía, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabía al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes por lo cual no existía laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es así, que existen mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

Por el contrario la Corte Constitucional, afirmaba, y en la actualidad sigue la postura sigue vigente, que ante el vacío normativo con respecto a la indexación, el juez no podía desconocer los principios constitucionales y negar la aplicación de mecanismos de actualización tanto de las pensiones causadas, como de los recursos que atenderán las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor. El juez debía ordenar que se mantenga el valor adquisitivo de su pensión, atendiendo los dictados constitucionales y la voluntad abstracta de las leyes laborales y de seguridad social, con miras a que los pensionados puedan disfrutar de la mesada pensional que efectivamente les corresponde, poniendo de esta manera en vigencia un orden político, económico y social justo, en el reconocimiento de los derechos ciertos de quien lo solicita. El problema radicaba en la confusión que generaba la definición de indexación: para la Corte Suprema era una sanción que no se puede imponer si no existe culpa y para la Corte Constitucional era un factor objetivo económico que determina el valor real del dinero únicamente por el transcurso del tiempo.

A pesar de que la jurisdicción laboral cambio de criterio y en la actualidad acepta la indexación de pensiones de origen extralegal, siempre y cuando se causen en vigencia de la Constitución de 1991, como se señalo en acápites anteriores, lo que si queda claro es que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida y reclama el pago

muchos años después -el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa-; además, ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente pero tampoco existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. De otra parte, a partir de la Ley 100 de 1993 (artículo 21) se contempló expresamente la obligación de actualizar el salario ingreso base de liquidación para fijar la primera mesada pensional, punto que no ofrece discusión, pero que nos conduce al segundo argumento que se enfoca en la aplicación del principio de igualdad.

Además se debe tener en cuenta que existen una serie de principios que para nuestra gracia, están contenidos en nuestra Carta Política, pero aunque así no fuera, por lógica merecen ser contemplados como catálogo de defensa para dar un trato equitativo a todas aquellas personas que se encuentran en la misma situación de recibir su primera mesada pensional, en *igualdad* de condiciones a los que reciben su pensión a partir de la Ley 100 de 1993, la Constitución Nacional o de otros pensionados como los ex congresistas, ex magistrados o miembros de las fuerzas militares, atendiendo a que se encuentran en la misma calidad de beneficiarios de una pensión por la cual han trabajado durante un tiempo determinado.

Por otra parte, cuando se presenta el caso entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones

posibles de una misma disposición se debe preferir la que lo beneficie. Así el principio de *favorabilidad* nos conduce a interpretar que el precepto constitucional, que obliga al “*Estado [a garantizar] el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*” se debe aplicar también a todas las pensiones porque están amparadas igualmente por la ley y la Constitución, en tanto no sean contrarias a ellas.

También se debe señalar que los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales, atendiendo a la realidad económica de nuestro país, donde cada vez más el valor real de la moneda se distancia de su valor nominal, razón suficiente para tomar medidas de tipo actuarial para conservar el poder adquisitivo del dinero y no constituye esto un exceso del juez, sino más bien, la garantía de que al pensionado se le está pagando con “la misma moneda que él otrora cotizó”.

La misma Corte Suprema de Justicia durante el período de 1982 hasta 1996 a pesar de su visión civilista, aceptó que era cuestión de principios de equidad y justicia la consagración de un mecanismo de corrección monetaria, aplicable a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral.

Finalmente se advierte que la consagración positiva de la corrección monetaria, en varios campos de la actividad civil en nuestro país y su jurisprudencia sientan un precedente útil para actuar de igual manera en las obligaciones contractuales laborales. Además, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria nacional hablan al respecto y son criterios estimativos para el desarrollo del derecho laboral.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy, R.: 1992, *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de E. Garzón Valdes, Gedisa. Buenos Aires.
- Bonorino, P. y Peña A., J.I.: 2003, *Argumentación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá
- Consuegra H., J.: 1997. *Teoría de la inflación*. Editorial Plaza & Janés. Bogotá.
- Conti, A.: 1996, “*Corrección monetaria y mesada pensional*”. En: *Actualidad Laboral* No. 77. Bogotá.
- Góngora, C.: 1990, “*El fenómeno de la indexación en materia laboral*”. En *Actualidad Laboral*, No. 37. LEGIS. Bogotá.
- Hart, H.L.A. 1961. *El concepto de derecho*. Trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2 ed., Buenos Aires.
- López M., D.: 2002. *Interpretación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá
- López M., D.: 2000. *El derecho de los jueces*. LEGIS. Bogotá.
- Narváez B., J.E.: 2004, *Régimen pensional y seguros privados*. Ediciones El Profesional. Bogotá.
- Ortiz P, I.D.: 2000, *Aspectos constitucionales y legales en la jurisprudencia sobre indexación de derechos laborales*. En:

Pensamiento Jurídico No. 10. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

- Uprimny, Y. R. y Rodríguez V.,A.A.: 2003, *Interpretación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Valdes Sánchez, G.: 1994, “*Apuntes doctrinarios sobre indexación*”. En *Derecho Social*, No. 37. Colegio de Abogados del Trabajo. Bogotá.
- Vargas Osorno, R.: 1994, “*El salario y la corrección monetaria*”. En “*Derecho del trabajo*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994.

FUENTES NORMATIVAS

- Constitución Política de 1991.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Código Procesal del Trabajo.
- Régimen de Seguridad Social, Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Sentencia T-406 de 1992.

- Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Sentencia C-444 de 1997.
- Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Sentencia T-367 de 1998.
- Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálvis. Sentencia SU-120 de 2003.
- Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrado Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado de junio 15 de 2000.
- Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrada Ponente: Ana Margarita Olaya Forero de enero 30 de 2003.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Radicado 4486 de noviembre 13 de 1991.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Hugo Suescun Pujols. Radicado 4826 de julio 9 de 1992
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero. Radicado 8616 de agosto 5 de 1996.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Fernando Vásquez Botero. Radicado 9083 de diciembre 11 de 1996.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado
Ponente: Carlos Isaac Nader. Radicado 11818 de agosto 18 de 1999.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado
Ponente: Rafael Méndez Arango. Radicado 14719 de 21/04/00 .
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado
Ponente: Luis Gonzalo Toro Correa. Radicado 17739 de julio 25 de
2002.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado
Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez. Radicado 31836 de enero
27 de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrados
Ponentes: Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López.
Radicado 34704 de febrero 10 de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado
Ponente: Camilo Tarquino Gallego. Radicado 33782 de febrero 24 de
2009.