

Editores.

ACTUALIZACIÓN DEL INGRESO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES

UPDATING THE INCOME BASE FOR LIQUIDA- TION OF PENSIONS

*DÍAZ SANABRIA, Catherine del Pilar*⁸⁴

Recibido: 16 de octubre de 2014

Aceptado para publicación: 3 de diciembre de 2014

Tipo: revisión

RESUMEN

En el presente artículo se realiza un análisis jurisprudencial y legal de la actualización del ingreso base para la liquidación de la primera mesada pensional, procedente de las pensiones establecidas antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos por haber tenido origen convencional. Lo que se desarrolla metodológicamente en tres capítulos, a saber: i) una introducción al tema objeto de estudio en la que se explicitan los siguientes referentes conceptuales; el derecho a la seguridad social, la pensión de vejez y la indexación; ii) un estudio respecto de la indexación y sus efectos jurisprudenciales en los postulados normativos constitucionales protectores de los derechos de los adultos mayores, como la equidad, la dignidad, el mínimo vital y la teoría de los derechos adquiridos, entre otros preceptos de rango constitucional; iii) conclusiones, las cuales no pretenden tener un aliento de cierre, sino por el contrario generar nuevos puntos de vista al respecto.

⁸⁴ Abogada. Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Docente de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Email: pdiaz@jdc.edu.co

PALABRAS CLAVE

Pensión de jubilación, indexación, derechos humanos.

ABSTRACT

In this article a jurisprudential and legal analysis of the updated base income for liquidation of the first monthly pension, coming from pensions established before being in force the Constitution of 1991, the 100th law of 1993 and pension regimes which are parallel for having had conventional origins. It is methodologically developed into three chapters: i) An introduction to the subject under study in which the following conceptual references are explained; the right to social security, old-age pension and indexing; ii) A study on indexing and constitutional jurisprudence effects on constitutional regulatory principles protecting the rights of the elderly, such as fairness, dignity and the theory of acquired rights, among other precepts of constitutional status ; iii) conclusions, which are not intended to be the final word, but rather to generate new insights about it.

KEY WORDS

Indexing, human rights, retirement pension.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo principal realizar un análisis respecto de la ausencia legislativa en cuanto a la procedencia de la indexación de la pensión obtenida con los regímenes pensionales establecidos antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos al Sistema por haber tenido origen en pactos colectivos o simples convenciones de las partes.

En el desarrollo del presente escrito se resalta el argumento del reconoci-

miento de la indexación o actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones, en los casos mencionados es fundamental, ya que servirá como base de liquidación, dando como resultado un poder adquisitivo equiparable al que tenía en el momento en el que el trabajador dejó de prestar sus servicios, garantizando a la población de la tercera edad los recursos mínimos para su sostenimiento, y protegiendo los derechos a la equidad, la dignidad, la igualdad, el derecho al mínimo vital, la teoría de los derechos adquiridos, entre otros preceptos de rango constitucional.

METODOLOGÍA

La investigación que se realiza es de tipo cualitativo, haciendo un análisis descriptivo de sus principales componentes, aplicaciones y efectos con el ánimo de brindar desde el campo académico posibles alternativas para un entendimiento integral del tema objeto estudio. De igual forma se pretende determinar si es o no procedente la indexación de la primera mesada pensional y su afectación en la aplicación de los derechos humanos de los adultos mayores, realizando un estudio de la jurisprudencia más relevante emitida por las altas cortes desde el año 1984 hasta el año 2012.

REFERENTES CONCEPTUALES

Seguridad Social y Pensión de Vejez:

El concepto de seguridad social surge en Colombia como resultado del desarrollo de los mecanismos de protección social, con el objeto de proteger a la población en general o a algunos sectores de mayor influencia que presentan necesidades sociales consideradas prioritarias. La seguridad social en términos de González (2003), busca proteger a los individuos ante circunstancias previstas o imprevistas, permanentes o temporales que mermen la capacidad económica del individuo y frente a las cuales es posible establecer mecanismos precautorios, en cuyo financiamiento pueden participar el Estado, los empleadores y los trabajadores. La seguridad social incluye cinco rubros básicos: vejez, invalidez y muerte; enfermedad y maternidad; accidentes de trabajo; desempleo; y asignaciones familiares.

La Seguridad Social está prescrita en la Constitución Política de Colombia en el Artículo 48, donde se configura como un derecho y un servicio público obligatorio, del cual son titulares todos los ciudadanos, dejando al legislador las atribuciones concretas para la creación de la ley que lo regula. Derecho que tiene como función primordial la protección del ser humano. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-110 de 2011, señaló que:

(...) La seguridad social vista como servicio público implica una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades que se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas”... (C-623 de 2004).

La seguridad social como derecho constitucional implica que su interpretación se haga “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93.2 C.P). Así, el contenido y alcance de este derecho se nutre de los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los órganos de supervisión de las convenciones internacionales sobre la materia, entre otros instrumentos y documentos relevantes y/o vinculantes(...)

(...) Por tal razón ha adquirido dentro de nuestro ordenamiento jurídico la connotación de garantía iusfundamental, toda vez que ha cumplido con los criterios de fundamentabilidad que caracterizan esta especial categoría de derechos. (Sentencia T-110 de 2011).

En cumplimiento de los postulados constitucionales la Ley 100 de 1993⁸⁵, establece los parámetros del Sistema de Seguridad Social⁸⁶, definiendo específicamente en su artículo 10 el Sistema General de Pensiones, el cual ha sido regulado mediante el Régimen de Prima Media con Prestación definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fin de garantizar

85 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, 23 de diciembre de 1993, Diario Oficial No. 41.148 – República de Colombia.

86 El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por fin primordial garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten y está conformado por tres subsistemas a saber: de Pensiones, de Seguridad Social en Salud y de Riesgos Profesionales.

a las personas la protección ante contingencias que se derivan en una reducción de ingresos por causa de enfermedad, invalidez, desempleo, vejez y muerte.

La pensión de vejez contenida en el régimen de prima media con prestación definida está regulada en el Título II de la Ley 100 de 1993 (ISS, CAJANAL, CAPRECOM). En el capítulo II de dicho título, relativo a la pensión de vejez, el legislador consagró dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2). El monto de la Pensión corresponde al número de semanas cotizadas en toda la vida laboral, pudiendo llegar al 85 % del ingreso base de liquidación (art. 34). El ingreso base de liquidación, es el promedio de los salarios sobre los cuales se cotizó en los últimos 10 años anteriores o durante toda la vida laboral actualizados anualmente con el IPC (Índice de Precios al Consumidor) escogiéndose el más favorable al afiliado. (art. 21)

El régimen de ahorro individual con solidaridad, se reglamenta en el Título III de la Ley 100 de 1993, este régimen se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y rendimientos financieros públicos y privados, régimen en el que se propugna el ofrecimiento y competencia de diferentes entidades administradoras. En consecuencia, la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, establece un Único Sistema General de Pensiones para todos los colombianos, en condiciones diferentes a las conocidas hasta ese momento.

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, establece el régimen de transición con unos beneficios para las personas que a 1 de abril de 1994, tenían 35 años o más si son mujeres, 40 o más si son hombres, o 15 años de servicios a una entidad, o cotizados, con fundamento en las normas que a esa fecha les resultaban aplicables. En el año 2003 se reforman algunas de las disposiciones previstas en la Ley 100 con la expedición de la Ley 797 de 2003, la cual se encuentra vigente parcialmente y prescribe la obligatoriedad de afiliación para los trabajadores independientes y cualquier persona con relación laboral.

Indexación y pensión de Vejez

En la legislación colombiana la indexación, o corrección monetaria se establece en los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972 con el fin de regularizar el ahorro privado. En materia administrativa fue establecida por la Ley 1437 de 2011 en el artículo 187 del C.C.A, respecto de la liquidación de las condenas ordenadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sumas que se deben ajustar teniendo como base el índice de precios al consumidor. La Ley 14 de 1984 estableció la corrección monetaria en todos los pagos tributarios y la Ley 56 de 1985 la determinó para los cánones de arrendamiento.

En el área del derecho laboral, la indexación se reconoce inicialmente para el salario mínimo, por el numeral segundo del artículo 147 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 8 de la Ley 278 de 1996, permitiendo como criterio de actualización el índice de precios al consumidor.

Respecto del reajuste de las pensiones las leyes 10 de 1972, 4ª de 1976 y 71 de 1988 la establecieron para la pensión de jubilación, de invalidez y de sobrevivientes del sector privado, público, oficial y semioficial, así como de las que tuviera a su cargo el Instituto de Seguro Social, y las pensiones en los regímenes especiales.

En 1993 la Ley 100 en su artículo 21, regula taxativamente la indexación o actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones, del mismo modo el artículo 36 contempla la indexación del salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de los trabajadores que entraban dentro del régimen de transición previsto por dicho estatuto.

A partir de los anteriores postulados, la pensión de vejez al ser un valor recibido por el trabajador, tiempo después de su retiro del trabajo, debe ser indexada con el fin de que mantenga su valor intrínseco. Es así que la indexación permite responder a los fenómenos económicos derivados de la

depreciación de la moneda protegiendo al acreedor de sus efectos nocivos concibiendo como finalidad última conservar en el tiempo su poder adquisitivo.

La indexación en términos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (2001,2002) no permite que a causa del proceso inflacionario se cause un perjuicio al acreedor, ya que entre el período en el que se adquiere la obligación de pagar la pensión y el momento en el que se cumple efectivamente la obligación de liquidarla, la pensión pierde el poder adquisitivo (Rad. 13232. 6, sep. 2001. Rad.13632 27, nov. 2002).

La Corte Constitucional (2000), considera que la indexación es la actualización que se hace del ingreso base de liquidación de la pensión en el momento en que la misma se empieza a disfrutar y procede cuando quiera que ha pasado un tiempo entre la fecha en la que el trabajador beneficiario deja de trabajar y la fecha en la que cumple con los requisitos para acceder a la pensión. (T-1239, 7, sep. 2000.)

Bajo esta perspectiva la indexación se caracteriza por ser un procedimiento técnico al que se le aplican índices que son de conocimiento público. En Colombia se aplica principalmente el índice de precios al consumidor, proceso que permite que el pago se realice de una forma total, justa y equilibrada, ya que no se obliga al pago de una suma de mayor valor en el presente, por el contrario es la misma suma del valor pasado pero en términos presentes.

Sin embargo, pese a los anteriores postulados, no se explicitó nada respecto de las personas de la tercera edad que devengan una pensión con los regímenes pensionales establecidos antes de entrar en vigencia la Constitución Política de Colombia, la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos al Sistema por haber tenido origen convencional, ya sea por pactos colectivos o simples convenciones de las partes.

EFFECTOS JURISPRUDENCIALES

La indexación de la primera mesada pensional, ha sido un tema contro-

vertido en los fallos proferidos al interior de las altas cortes, ya que no se explicitó por parte del legislador sobre su procedencia en las pensiones establecidas antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos al Sistema por haber tenido origen convencional ya sea por pactos colectivos o simples convenciones de las partes.

Estos fallos al no reconocer la indexación de la primera mesada pensional han afectado los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad, por eso es pertinente desarrollar un estudio de la línea jurisprudencial emitida por las altas cortes principalmente sobre el siguiente problema jurídico a saber: ¿La indexación de la primera mesada pensional, es procedente en las pensiones establecidas antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos por haber tenido origen convencional?

Ante tal formulación se encuentran dos posturas principales: la primera que determina la procedencia de la indexación desde lo legislativo y judicial, por razones de justicia y equidad para contrarrestar el fenómeno de la inflación en el patrimonio del trabajador con el fin de mantener el valor económico real de la moneda frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo, amparando el principio de favorabilidad y el derecho al mínimo vital de los mandatos constitucionales de protección especial a las personas de la tercera edad. La segunda postura, determina que no es procedente la indexación, al no existir norma que la ordene, lo que indica que el papel de la judicatura no puede llegar al extremo de igualar al legislador.

Postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

Respecto de la procedencia o no de la indexación de las obligaciones laborales, la Corte Suprema de Justicia Sección Segunda en sentencia de 11 de abril de 1987, determinó que no era posible su aplicación, por no existir texto legal que así lo consagrara. Al siguiente año la Sección Primera del 31 de mayo de 1988 sostuvo que con base en los principios consagrados en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y 19 del C. S. T., la corrección monetaria era aplicable al pago de una indemnización por despido injusto, ya que el

trabajador no podía soportar por sí solo el riesgo de la depreciación monetaria y que se le obligará a recibir el mismo pago con moneda con un poder adquisitivo menor.

Ya en 1991, aun antes de expedirse la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia definió que la indexación debe aplicarse no solo en las obligaciones civiles y comerciales sino también en las laborales, “pues los principios generales sobre reajuste de obligaciones también son aplicables en el campo del derecho del trabajo” (Rad.4087, 8, abr. 1991). Por tal razón determinó:

La finalidad de la indexación es remediar el desequilibrio económico existente o su restitución cuando se ha roto en perjuicio de alguna persona y se logra imponiendo la obligación de reajustar el pago de la deuda inicial, teniendo en cuenta el sistema de la corrección monetaria. En todo caso y cualquiera sea la denominación que se le quiera dar, se está ante una forma de protección de la moneda, sustrayéndola del ámbito del nominalismo, porque su valor intrínseco se ha deteriorado y es una consecuencia de un proceso económico, que altera incuestionablemente las relaciones existentes entre los contratantes. (Rad. 4086 y 4584, 13 de nov. 1991).

Es así que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la indexación, con ella no se busca 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 lo cual fundamentalmente se está restableciendo la equidad y la justicia. También es importante anotar que el pago de la corrección monetaria no depende de que el empleador haya actuado de buena o mala fe, ya que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una situación ajena al cumplimiento de sus obligaciones con el trabajador y lo que se busca a través de ella es mantener su verdadero valor mediante la adaptación de ese sistema.

Ya en 1992 en la sentencia 5221 de 15 de septiembre, la Corte Suprema de Justicia, determinó que las razones de justicia y equidad que han determinado la elaboración y aplicación concreta de la teoría de la indexación o actualización monetaria, surgen con el fin de reconocer su operatividad. Cuando entre la terminación del contrato de trabajo y la exigibilidad de la

pensión transcurra un tiempo que hace imposible que el último salario sea la base de la prestación jubilatoria, es procedente la indexación una vez esta sea exigible. Lo anterior indica que al no ser aún exigible la obligación, no puede determinarse anticipadamente la proporción de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda hasta el momento en que aquello ocurra.

Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la indexación, con ella no se busca 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 lo cual fundamentalmente se está restableciendo la justicia y la equidad.

En radicado 7996 de 8 de febrero de 1996, la sección primera de la Sala de Casación Laboral, seguía admitiendo la indexación de la primera mesada pensional en asuntos referentes a pensiones proporcionales de jubilación, admitiendo la teoría de la revaluación judicial o indexación de los derechos laborales, siempre en el supuesto de que exista la obligación con el carácter de insoluta por un tiempo más o menos prolongado a través del cual el fenómeno económico anotado haya producido el efecto de disminuir el valor real de la deuda; en consecuencia, en el mismo año (1996) expresó:

El reajuste no implica la variación de la moneda con que debe ser cubierta la correspondiente obligación, sino la actualización de su valor en forma tal que con la cantidad de signos monetarios colombianos de hoy, se satisfagan las necesidades del acreedor en los mismos términos que cuando debió pagársele la deuda”.(Rad.9083 de 7 de junio 1996).

En posición reiterada y unificada en sentencia 8616 del 5 de agosto de 1996, se reconoció la aplicabilidad de la teoría de la indexación como moderador del fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aduciendo para ello razones de justicia y equidad o al producirse la mora en el cumplimiento de una obligación, estableciendo que la indexación “no implica un incremento de la obligación original, no la hace más onerosa, sino que mantiene el valor económico real de la moneda frente a la notoria pérdida de su poder adquisitivo” (Rad. 8616, 5, ago. 1996).

Los criterios enunciados se mantuvieron hasta el año 1999, donde la sala rectifica y cambia su doctrina expuesta en fallos de mayoría⁸⁷, considerando en sentencia de radicado número 11818 de 18 de agosto de 1999, en su *ratio decidendi*:

(...) que 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 (...) (Rad.11818 de 18 de agosto de 1999).

Es así que de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia el derecho a reclamar la pensión solo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: cantidad preestablecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, y la edad señalada en la ley. Quien ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o el pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

En consecuencia, la obligación se hace exigible solo hasta que nace el derecho, de tal suerte que integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión, antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse, pero jamás un derecho adquirido.

87 Ver las siguientes sentencias: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad.11818 de 18 de agosto de 1999. M. P. Carlos Isaac Nader Rad.12088 de 9 de septiembre de 1999. M. P. Carlos Isaac Nader. Rad.12094. de 12 de octubre de 1999. M. P. Germán Gonzalo Valdés Sánchez. Rad. 12119 de 3 de noviembre de 1999 M. P. Germán Gonzalo Valdés Sánchez. Rad. 12501 de 30 de noviembre de 1999 M. P. José Roberto Herrera Vergara.

La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la Ley 100 de 1993, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe vacío legal, por ende, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, so pretexto de decidir en equidad. Es así que no se evidencia laguna legal, ya que si se concediera la indexación, también se tendría que actualizar las bases salariales de los derechos y perderían efecto los contratos de trabajo y las convenciones.

Sin embargo, nuevamente en el año 2000 en Sentencia 13336 de 6 de julio, se aplicó la teoría según la cual se deben indexar las pensiones de los trabajadores pensionados de entidades oficiales siempre y cuando se cumplan los requisitos de edad, en vigencia de la Ley 100 de 1993. Asimismo la Corte en Sentencia 13426 de 8 de agosto del mismo año, se pronunció en este sentido:

(...)el Tribunal se equivocó en su análisis, puesto que si la pensión legal del actor se reconoció a partir del 25 de junio 1994, es claro que las disposiciones aplicables son las que regulan la actualización de la pensión que consagra la Ley 100 de 1993, dado que para dicha fecha esta normatividad ya se encontraba vigente, según lo previsto por el artículo 151 ibídem. En efecto, frente a una pensión legal que se reclama en vigencia de la Ley 100 de 1993, como es la de que trata este juicio, no puede aducirse que la disposición legislativa no autoriza la actualización de la base salarial de la pensión para negar su reconocimiento, pues aquella normatividad vino a llenar ese supuesto vacío alegado por quienes así lo consideraban; a su vez el artículo 14 de la misma ley, expresamente, previó el reajuste de oficio de las pensiones, el 1 de enero de cada año, según la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, con el objeto de que “mantengan su poder adquisitivo constante. Se advierte, entonces, que si la necesidad de aplicar la figura de la indexación en el campo laboral, en un comienzo encontró su apoyo en los principios de la justicia y equidad, en el momento presente para actualizar la base salarial de la pensión, tiene un soporte no solo legal, sino también constitucional, sin que resulte válido, para negar su eficacia, que el trabajador se haya retirado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, pues

si estando ya esta en vigencia cumplió el requisito de la edad, necesario para disfrutar de la pensión como en el caso en estudio en que el actor cumplió los 55 años de edad —25 de junio de 1994, después de haber laborado para el Banco Popular por un tiempo superior a los 20 años, resulta viable la actualización de la base salarial de la pensión (...) (Rad. 13426, 8 de agosto de 2000).

Ya en 2002, en Sentencia 18037 nuevamente se planteó la improcedencia de la indexación de la primera mesada pensional incluyendo los trabajadores oficiales, acudiendo a los postulados establecidos en la sentencia 11818 de 1999.

De otra parte, en Sentencia 18266 de 2002 se negó la indexación para las pensiones de origen convencional, ya que no tienen ningún fundamento legal, lo cual se expresó de la siguiente forma:

(...) En las pensiones voluntarias como su nombre lo indica, por provenir de la voluntad de ambas partes o de una de ellas, la regla de liquidación prevista en la fuente normativa o extralegal respectiva, debe respetarse por el juzgador tal como quedó consagrada por quienes le dieron fuerza al acto jurídico de creación del beneficio, porque la ley avala en ese escenario el valor de la manifestación libre de su voluntad... (Rad.18266 de 24 de julio de 2002).

En los períodos de 2004 a 2006 la Corte consolida su tesis, limitando la posibilidad de indexar pensiones solo en dos casos: cuando se trate de pensiones legales, lo que indica que las convencionales, extralegales o voluntarias quedan excluidas de la corrección monetaria.⁸⁸ Lo anterior cuando el solicitante haya cumplido la edad, después del inicio de vigencia del Régimen General de Pensiones estipulado por la Ley 100 de 1993, en virtud de ello no se reconoce la indexación de la pensión que se cause antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia manifestó en la sentencia con

⁸⁸ Ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad.25009 de 16 de noviembre de 2005. M.P. Isaura Vargas Díaz. Rad.28430 de 29 de junio de 2006. M.P. Luis Eduardo López Villegas. Rad.21902 del 13 de febrero de 2004. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

número de radicado 23913 de 25 de julio de 2005, que de conformidad con lo formulado por la Corte Constitucional en sentencia SU-120 de 2003, solamente se casan las sentencias emitidas por los Tribunales en las que se reconozca la indexación después de la entrada en vigencia de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, lo cual reseñó de la siguiente forma:

(...) no tiene cabida la indexación de las pensiones legales de jubilación a cargo directo de una entidad oficial, al igual de que por el régimen de transición se exceptúen las personas que hayan servido a un empleador oficial por más de 20 años y su relación contractual hubiere finiquitado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993(...) (Rad.23913 25 de julio de 2005).

Postulados que se mantienen vigentes en diversas sentencias⁸⁹, incluso después de haberse proferido por parte de la Corte Constitucional la sentencia consolidadora de línea C-862 de 2006.

En la Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007, se reconoce la indexación de las pensiones de origen legal, causadas a partir de la expedición de la Constitución de 1991, por ser el fundamento jurídico que utilizó la Corte Constitucional, para declarar la exequibilidad del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Con posterioridad se profirió Sentencia 29022 de 31 de julio de 2007, en la que se cambia la posición anteriormente expuesta y se reconoce la indexación de las mesadas pensionales no convencionales, al destacar que la omisión de legislador no puede afectar a una categoría de pensiones

(...) El actual criterio mayoritario, que admite la actualización de la base salarial tratándose de pensiones legales causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, impera también ahora para las extralegales como sería el caso de las convencionales (...) (Rad. 29022 31 de julio 2007).

Asimismo, en sentencia de radicado número 31277 de 20 de noviembre de

89 Leer las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 26694 de 24 de noviembre de 2005. Rad. 26654 de 4 de abril de 2006. Rad. 28807 de 14 de noviembre de 2006 M.P. Luis Javier Osorio López. Rad.25509 de 28 de febrero de 2006. M.P. Isaura Vargas Díaz. Rad. 27120 de 26 de noviembre de 2006. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

2007 se reconoció la indexación de las mesadas convencionales siempre y cuando se hubiesen causado a la luz de la Constitución de 1991.

En el año de 2008 se encuentran tres tesis proferidas por la Corte: la primera de ellas expresa que no se indexan las pensiones causadas antes de 1991. La segunda confirma que las pensiones emanadas del empleador tal y como son la pensión sanción y las emanadas en virtud del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 tampoco se les aplica la indexación. En forma similar confirmó que las pensiones convencionales no están sujetas a la indexación⁹⁰.

En el año de 2009, la Corte Suprema de Justicia confirmó las decisiones en las que se expuso el no reconocimiento de la indexación en las pensiones que se causaron antes de la vigencia de la Constitución Política de Colombia expedida en el año de 1991⁹¹, así como tampoco se reconoció en las legales, ni en las restringidas.

No obstante, en el mismo año, en el mes de julio, se profiere sentencia de Rad. 36792 de 1 de julio de 2009, en la que se reconoce la indexación de las mesadas no pagadas, así se hayan causado antes de la Constitución de 1991, aclarando que la mora en el pago de las pensiones es muy diferente al pago de la primera mesada pensional.

El anterior estudio denota que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la indexación de la primera mesada pensional derivada del contrato de trabajo o convención, no presenta posiciones uniformes, pues en algunos de sus pronunciamientos expresa que en virtud de la omisión del legislador es deber del juzgador preservar el principio de favorabilidad, dada su condición de ser parte débil en el contrato de trabajo, en otros

90 Leer las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad.29990 de 5 de febrero de 2008 M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Rad. 30553 de 19 de febrero de 2008. M. P. Isaura Vargas Díaz. Rad. 33884 de 20 de mayo de 2008 M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 32191 de 2 de julio de 2008 y Rad.33046 de 20 de septiembre de 2008. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

91 Ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 33531 de 10 de febrero de 2009. Rad. 33791 M.P. Eduardo López Villegas. Rad. 33903 de 17 de febrero de 2009 M. P. Isaura Vargas Díaz. Rad. 32582 de 5 de mayo de 2009. M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Rad. 37378 de 1 de septiembre de 2009 M. P. Eduardo López Villegas y M. P. Luis Javier Osorio López. Rad.34085 de 31 de marzo de 2009 M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 34036 de 25 de marzo de 2009 M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

pronunciamientos la reconoce en la medida que haya surgido a la luz de la Constitución de 1991 o que permita corregir el daño emergente causado por el incumplimiento de obligaciones. Sin embargo, en otras decisiones por el contrario desconoce la indexación de las obligaciones surgidas por el contrato o convención cuando las partes no pactaron sobre él las consecuencias de los efectos negativos de la inflación, o cuando de conformidad con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo se fija la cuantía de la pensión, o las reconocidas antes de la promulgación y vigencia de la Constitución Política de Colombia y la Ley 100 de 1993, decisiones que desconocen principios y derechos como el de favorabilidad, igualdad y mínimo vital al no reconocer la indexación de la mencionada prestación. Como consecuencia de lo anterior y dada la inseguridad jurídica generada, la Corte Constitucional entró a estudiar la procedencia o no de la indexación de la primera mesada pensional.

Postura de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en el año 2003, al observar la inseguridad jurídica que estaban generando los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, al revisar diferentes sentencias de tutela respecto de la vulneración del derecho a la igualdad y la confianza legítima en la aplicación de la ley, la equidad y la jurisprudencia respecto de situaciones no previstas en la legislación laboral, estudió bajo la figura de vía de hecho el tema de la indexación de la primera mesada pensional, estableciendo en la Sentencia SU-120 de 2003, su procedencia con fundamento en los principios, valores, derechos y garantías consagradas en la Constitución Política de 1991, al respecto consideró:

(...) tratándose de la indexación de la primera mesada pensional i) 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 –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T. no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar esta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el “Estado garantiza el derecho al pago oportu-

no y al reajuste periódico de las pensiones legales” –artículo 53 C. P. Por eso es al juez al que le corresponde confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, sin desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones, como lo consagran los artículos 48, 53 y 230 de la Constitución Política. (Sentencia S.U. 120 de 13 de febrero de 2003).

En consecuencia, al existir dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una situación laboral deberá acudir a la que más favorezca al trabajador de conformidad con los postulados del artículo 53 constitucional, por ende, es al juzgador ordinario laboral a quien le corresponde remediar a través de sus pronunciamientos la omisión legislativa, con fundamento en los criterios auxiliares del derecho, como lo son la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral. Asimismo, bajo los postulados constitucionales del artículo 48, es un deber mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados al pago de pensiones. Por último se evidencia que la Corte Suprema al adoptar posiciones jurisprudenciales que están en desacuerdo con los criterios auxiliares, desborda su parámetro de decisión.

En providencia T-1169 de 2003, la Corte Constitucional al respecto determinó:

Al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, 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. De manera que si el juzgador no opta por lo expuesto, sino que decide resolver sobre la indexación de la primera mesada pensional acudiendo a soluciones que no consultan los criterios auxiliares de la actividad judicial, hacen necesaria la intervención del Juez constitucional

para restablecer los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores.⁹² (T-1169 de 2003)

De otra parte, en el año 2006 en sentencia C-862 de la misma corporación, se solicitó la inexecutable de la expresión; “salarios devengados en el último año de servicio” contenida en el numeral 1 del artículo 260 del C.S.T. y de la totalidad del numeral 2 de la misma disposición, enunciados que estaban produciendo efectos respecto de ciertos trabajadores que tenían derecho a la pensión de jubilación, pero sin determinar la procedencia o no de la indexación. En esta sentencia se determinó:

(...) la necesidad de actualizar toda obligación de dar sumas de dinero, si entre el día en que se contrajo y la fecha en la que debe pagarse, la capacidad adquisitiva de la moneda se ha visto afectada por la inflación. Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación, que ha sido definida como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de estos, para lo cual se utilizan diversos parámetros: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc. La Ley 100 de 1993 establece una norma general en materia de reajuste, cual es que, a partir de su vigencia, todas las pensiones deberán ser reajustadas, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y que las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente serán reajustadas de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que el Gobierno Nacional incremente dicho salario (C-862 de 2002).

Es así que la Corte determina que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 quienes hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, sin perjuicio de no haberse hecho el reconocimiento, tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, dentro de las cuales se incluye la in-

⁹² Ver también T-045 de 2007, T-390 de 2009 y T-447 de 2009, T-362 de 2010, en las cuales la Corporación reiteró su posición sobre la indexación de la primera mesada.

dexación del salario base para la liquidación de la pensión.

Del mismo modo expresó que la indexación obedece a la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, como es el derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional artículos 48 y 53 de la Constitución, el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad quienes son considerados sujetos de especial protección constitucional.

De igual forma, se determinó que cualquier laguna normativa que afecte a una categoría de pensionados, resulta contraria a los postulados constitucionales. Por ende, la indexación es un mecanismo apropiado para la satisfacción de los derechos constitucionales en juego, sin que sea el único mecanismo que sirva para actualizar las mesadas pensionales, correspondiendo al legislador establecerlo, siempre que se garantice el poder adquisitivo de las pensiones.

Como consecuencia la Corte Constitucional estipuló la exequibilidad de los ordinales 1 y 2 del artículo 260 del C.S.T. en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión debe ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Se encuentra como sentencia consolidadora de línea la Sentencia C-891 A de 2006, donde se determinó si era o no procedente la indexación del salario base para liquidar la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, la cual definió que la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 no excluye a la pensión causada en vigencia de la norma mencionada.

En el mismo sentido se encuentran otras sentencias confirmadoras de línea⁹³, en las que la Corte expresa que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones puede constituir excepcionalmente un derecho fundamental por conexidad, pues ampara derechos como la igualdad, el debido proceso, el principio pro operario, el principio de favorabilidad, equidad, entre otros.

93 Ver por ejemplo la Sentencia T-663 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

La Sentencia T-224 de 2007 confirma los postulados de sentencias anteriores al conceder el derecho a la actualización de la primera mesada pensional, ratificando que es un derecho fundamental por conexidad siempre y cuando se cumpla con unos postulados, los cuales se concretizan en la mencionada sentencia del siguiente modo:

- (i) la adquisición por el interesado del status de pensionado, (ii) el agotamiento de las vías judiciales ordinarias en procura de obtener la indexación o la demostración de la imposibilidad de acudir a ellas por razones ajenas a su voluntad, (iii) la actuación en sede administrativa con miras a lograr la satisfacción de la pretensión mediante la presentación de las reclamaciones y recursos propios de esas instancias y (iv) la violación de derechos fundamentales aunada a la existencia de condiciones materiales que justifiquen la protección que brinda la acción de tutela (Sentencia T-224 de 2007).

En consecuencia y para el caso en concreto, la Corte amparó el derecho de indexar la pensión sanción presentando argumentos solo de tipo constitucional.

En Sentencia SU 1073 de diciembre 12 de 2012 vuelve la Corte Constitucional a estudiar si las entidades demandadas vulneraron derechos fundamentales, al negar el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, argumentando que el derecho reclamado se causó con antelación a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. El problema jurídico a resolver consistió en si procede la exigibilidad o no del derecho a la indexación de la pensión en situaciones consolidadas antes de entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, en virtud de ello determinó que el fallador debe acudir al principio *in dubio* pro operario, que permite ante la duda elegir la interpretación que más favorezca al trabajador, por eso es pertinente reconocer la actualización del valor de la mesada pensional del trabajador a quien le reconocieron el derecho con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, lo que permitirá en términos de la Honorable Corte constitucional:

- (...) (i) proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad,
- (ii) garantizar que los pensionados reciban una pensión acorde con el esfuerzo

realizado en su etapa productiva y (iii) otorga un tratamiento igual, por cuanto todos los pensionados se ven afectados por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, y por tanto, todos merecen la misma protección (...) (Sentencia SU-1073 de 2012).

Sin embargo, a pesar de reconocer que la indexación de la primera mesada pensional causada antes de 1991 es un derecho universal, estableció que la indeterminación del momento desde cuando se hace exigible este derecho crea inseguridad jurídica y puede afectar la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, pues es solo hasta el pronunciamiento de esta sentencia que se reconoce el derecho y se resuelven las distintas posiciones judiciales respecto a la indexación de la primera mesada de las pensiones reconocidas antes de 1991. En consecuencia, si se llegare a reconocer el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo el principio de progresividad, y la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, impidiendo eventualmente pagar otras pensiones reconocidas a cargo del Estado, por esa razón el pago retroactivo aplica solo durante los tres años anteriores al pronunciamiento de la sentencia bajo estudio.

El anterior estudio permite evidenciar que el poder adquisitivo de las pensiones en algunos casos constituye un derecho fundamental por conexidad, en virtud de que ampara derechos como el establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala como obligación, a cargo del Estado, la sociedad y la familia, la de brindar un trato especial a las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, entre este grupo se destacan por su pertinencia las personas que han llegado a la tercera edad.

De igual forma se busca amparar los preceptos establecidos por el artículo 46 de la Carta Fundamental y la jurisprudencia constitucional, reconociendo que las personas que han llegado a la tercera edad ocupan un lugar de privilegio frente a la protección que debe brindar el Estado a los derechos y garantías reconocidas a toda persona.

Las características de indefensión que acompañan a este grupo de personas, nos permite elevar a la categoría de fundamental el derecho a una pensión

y a su indexación por su conexidad con derechos de rango superior como la vida, la igualdad, el mínimo vital y la dignidad humana, derechos que en planteamientos de Gallardo (2000, p. 46) hacen referencia a los siguientes conceptos: “lucha social, donde los derechos humanos adquieren una legitimidad cultural, allí se encuentra el fundamento, matriz o efectividad de derechos humanos. La reflexión filosófica o dimensión teórica, la cual hace referencia a que las generaciones de los derechos remiten a racionalidades encontradas, que pueden resultar mutuamente excluyentes y suponen rupturas la mayoría de las veces. El reconocimiento positivo e institucional y su efectividad jurídica, que implica que los derechos humanos deben responder a la integralidad y universalidad de la existencia humana, y que puedan ser reclamados en el orden nacional e internacional y, por último y no menos importante, la sensibilidad sociocultural respecto de los mismos, lo que implica reconocer y vincular a sujetos que nunca han sido reconocidos en esta dimensión...”

Es pertinente tener en cuenta que el origen de los derechos laborales y sus derivados, se encuentra en procesos de lucha, entendidos como los movimientos sociales, simbólicos, culturales e institucionales que reaccionaron contra los excesos de poder que impidieron a los seres humanos constituirse como sujetos, generando el reconocimiento de libertad y dignidad humanas, como lo expresa Angarita:

(...) una conciencia acerca de la desnaturalización del Estado de Derecho y la democracia, que reivindican la vigencia de los derechos humanos a escala mundial, actualizando las luchas de los movimientos de emancipación del siglo XIX que denunciaron la exclusión de la que estaban siendo objeto esclavos, mujeres, indígenas, negros y trabajadores en diferentes países. El espíritu humanista y de lucha que encarnan y con el cual buscan hacer presentes los derechos humanos, son el objeto de nuestras búsquedas en estas reflexiones (...) (Angarita, 2009, p. 4).

La materialización del reconocimiento de la indexación de la primera medida pensional, se evidencia en el reconocimiento del mínimo vital, derecho que conjuga las condiciones indispensables para asegurar la digna subsistencia de una persona y su familia. Por tal razón, la Honorable Corte

Constitucional (1994) ha precisado que el mínimo vital es:

Una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana (Sentencia SU-225/1994).

El mínimo vital es una figura de gran alcance en Colombia, ya que es el presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales. Se constituye en una precondition para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona (Sentencia SU-T-772 de 2003) y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que “sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes para alimentación, salud, educación o vestuario, en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana”. (Sentencia T-818/2000).

Ante la pérdida de la capacidad laboral, mental y física de las personas de la tercera edad, se encuentran limitadas e imposibilitadas para obtener un mínimo vital de ingresos económicos que les permita disfrutar de una especial calidad de vida. En estas circunstancias, el no reconocimiento de las prestaciones a su favor por las entidades de previsión social, su no pago oportuno o la no indexación monetaria de la pensión, pueden significar la flagrante vulneración de los derechos mencionados anteriormente; ello justifica plenamente la especial protección que la Constitución ha dispuesto para las personas de la tercera edad⁹⁴.

Al respecto la Corte Constitucional (1999) consideró:

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la protección especial reservada para este grupo social incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno a la vigencia de los derechos fundamentales, de los

94 Leer la Constitución Política arts. 46, 47 y 48.

cuales se derive un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidas por el ordenamiento jurídico (Sentencia T-755 de 1999).

Por tal motivo, al observar las anteriores reflexiones se puede determinar que para que la vida de un ser humano se encuentre en condiciones de dignidad es imprescindible que sea digna de principio a fin y, por ende, es obligatorio asegurarle a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social por parte del Estado como obligación constitucional, de la sociedad y de sus familias, dentro del principio de solidaridad social en que se cimienta el Estado. Es por esta razón, fundamental realizar la corrección monetaria a que haya lugar, pues es función del juez preservar el equilibrio financiero de quien es pensionado, ya que en muchos casos no cuenta con otro medio para sufragar sus gastos.

El modelo propuesto en la carta jurídico-política de 1991 contenido en el artículo primero superior⁹⁵ exige un corresponsal desarrollo de los derechos fundamentales, no solo desde el punto de vista formal de su reconocimiento y consagración, sino además de los instrumentos de protección material que garantice a los mismos su efectividad y respeto.

En atención a la relación entre modelo de Estado de Derecho y derechos fundamentales anota el profesor Pérez Luño (2004):

El Constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de una sociedad (...) Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho(...) (p. 19).

95 “Colombia es un Estado Social de Derecho...”. Constitución Política de Colombia de 1991.

Por lo tanto, se afirma que la concreción material de un modelo Constitucional, Social y democrático de derecho depende de forma directa de la capacidad que tenga el Estado de promover y proteger los derechos de raigambre iusfundamental.

Por consiguiente, respecto de la omisión legislativa de si se debe o no indexar los regímenes pensionales que tuvieron origen convencional, que se encuentran paralelos a la Ley 100 de 1993 o se causaron antes de la expedición de 1991, la Corte Constitucional determina que es función del Juez cumplir los preceptos constitucionales, más cuando la indexación de la mesada pensional permite dar eficacia a derechos como la igualdad, la dignidad, el mínimo vital y móvil, dando prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, permitiendo evidenciar con claridad el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Con fundamento en la referida relación, la justicia constitucional ha venido decantando cada vez más desde el activismo judicial, la construcción de una dogmática que le permita establecer con claridad una teoría de los derechos fundamentales la cual se encuentra en permanente revisión y puesta a debate; no obstante, resulta relativamente pacífico aceptar desde la perspectiva del neo constitucionalismo una aproximación conceptual de Derechos Fundamentales la cual se explicita por parte de la Corte Constitucional (2009) en los siguientes términos: “Un derecho fundamental, según la doctrina constitucional, puede ser definido como un derecho subjetivo con un grado de importancia tal, que la decisión sobre su otorgamiento se sustrae a la simple mayoría parlamentaria” (Sentencia T-701 de 2009).

No obstante, fue desde la célebre Sentencia T-002 de 1992 que se construyeron los cimientos que edificarían los criterios para determinar la existencia de los derechos fundamentales:

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política

d) Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación. Otro criterio auxiliar de interpretación es la ubicación y denominación del texto para determinar su significado. Es lo que se denomina por la doctrina, para efectos de la interpretación sistemática, los argumentos “sede materiae” y “a rúbrica”. El significado de la norma se puede determinar por su ubicación (sede materiae) y/o por su título (a rúbrica). La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio. Ahora bien, ¿qué efectos jurídicos tienen los títulos y capítulos en que se divide y denomina la Constitución Política de Colombia?

(...) Es decir la propia Constituyente tenía claro que una cosa era hacer normas (con fuerza vinculante) y otra la organización y titulación de dichas normas (fuerza indicativa).

Fue pues voluntad del Constituyente de 1991 conferir un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales y en consecuencia, ello es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Como se podrá observar, el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 -artículos 14 a 29 y 30.2- y de la Constitución alemana -artículos 2o. al 17 de conformidad con el apartado 3 del artículo 1.

Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar(...) (Sentencia T-002 de 1992).

Como corolario de la citada sentencia, la iusfundamentalidad de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto normativo y mucho menos de su reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico; contrario sensu, lo que hace fundamental a un derecho es la relación inescindible que este tenga con el desarrollo de la dignidad de la persona humana la cual le permite ser un fin en sí mismo en términos kantianos.

Por lo tanto, de conformidad con el análisis sobre la indexación de la primera mesada pensional, es preciso advertir que es posible encontrar una relación causal y de necesidad entre esta y las características atribuibles a

la iusfundamentalidad bajo el entendido que la persona humana tiene biológicamente una fase de productividad operativa en la cual despliega su fuerza laboral, no obstante, dicha etapa entra en directo declive en su estado de adulto mayor, hecho que comienza a poner en peligro el mínimo vital y móvil que se obtiene a través del trabajo; aunado a ello, la dinámica de una economía de mercado exige cada vez más, contar con gente en su plena capacidad productiva dejando casi proscrita la participación de las personas que han alcanzado un estado de vejez.

El derecho a la indexación de la pensión se concibe dentro de una teleología garantista que pretende restituir el *status quo* de igualdad material de las personas que ya no cuentan con la plenitud de su capacidad de trabajo y las cuales dependerían de dicho reconocimiento para poder atender sus necesidades esenciales, tales como: las alimentarias, de vivienda, salud, educación, recreación, etc.; es por esto que la pensión es un derecho social fundamental, ya que permite rodear de dignidad los últimos años de vida de las personas.

La revisión del bloque de constitucionalidad nos permite advertir que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, tiene un reconocimiento con tendencia a la universalidad, es inherente al ejercicio material de la dignidad humana, es inalienable, por esencia irrenunciable y posibilita la realización de otras máximas de optimización; en términos de Ferragioli (2002) “lógico, valorativo y de cuantificación universal” (p. 36). Hecho que redunda en la iusfundamentalidad que le acompaña.

Del mismo modo, bajo el amparo del artículo 13 de la Constitución (Gómez, 2010) se justifican tratos diferenciados y positivos para quienes se encuentran en estados de indefensión:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o

mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (p.18). (Cursiva fuera de texto).

Se evidencia entonces; trato exacto a destinatarios que se encuentren en circunstancias iguales, trato diferente a destinatarios que no compartan situaciones comunes, trato paralelo o proporcional a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, trato igual a pesar de la diferencia y, por último y no menos importante, trato diferenciado a destinatarios que se encuentren en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes, trato diferente a pesar de la semejanza.

En suma se establece otro tipo de discriminación, que en lugar de vulnerar un derecho busca un trato diferenciado, que genere disminución en las diferencias económicas y sociales de los individuos, con el fin de garantizar otro principio constitucional, el cual es la dignidad entendida como el principio fundante del ordenamiento jurídico, presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución, en términos de la Corte Constitucional (1992) “La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...” (Sentencia T-401 de 1992).

Asimismo, se establecen medidas redistributivas que garanticen a los más vulnerables, acceso a bienes, servicios y oportunidades, lo que revela un carácter remedial, compensador, corrector para las personas que se ubican en condiciones de desigualdad.

Cualquier discriminación que se evidencie en contra de las personas de la tercera edad, resulta lesiva y atentatoria de los principios fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia y de los postulados establecidos por el Derecho Internacional, principalmente a lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 2 incluye, “la prohibición de cualquier clase de discriminación: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición....” (p. 16).

En virtud de lo anterior se debe materializar el artículo 46⁹⁶ de la Constitución Política de Colombia, con el fin de reconocer la dignidad de las personas que entran a la tercera edad, quienes por sus especiales condiciones constituyen un sector de la población que merece un trato especial, preferente y diferenciado dentro de la sociedad.

Por ende, es de vital importancia reconocer la línea jurisprudencial expuesta por la Corte Constitucional al conceder la indexación de la primera mesada pensional, ya que reajustar el valor de las pensiones implica corregir los desequilibrios que causa la inflación en los ingresos del trabajador pensionado, en cuanto a esto depende su subsistencia y la de su familia, en consecuencia la indexación de la primera mesada pensional responde a los principios de equidad y justicia social con el objeto de contrarrestar los efectos de la inflación en el patrimonio del trabajador.

CONCLUSIONES

La indexación de la primera mesada pensional es un derecho consagrado expresamente en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, es así que puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales, como son la equidad, la dignidad, la igualdad, el derecho al mínimo vital, la teoría de los derechos adquiridos, entre otros preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional.

En consecuencia, la indexación o traer a valor presente o real la primera mesada pensional es un mecanismo que tiene correspondencia con los dere-

96 Artículo 46. “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

chos de los trabajadores, al permitir que la inflación no afecte directamente el valor que corresponde a la pensión en un momento determinado al no ser cancelada oportunamente, tomando como referencia todos los factores que hagan efectiva la prestación social.

Al indexar la mesada pensional se da mayor preponderancia al derecho sustancial sobre el formal, permitiendo que en ausencia de disposición legal, el operador jurídico ampare a los trabajadores, con el fin de mantener el equilibrio monetario de la prestación a que tiene derecho, aunado a que no existe disposición en el ordenamiento jurídico nacional que prohíba la indexación. Por ende, es el juez a quien le corresponde mantener el principio de equidad y equilibrio en las relaciones de trabajo y mantener el valor adquisitivo de las pensiones de conformidad con los postulados constitucionales, principalmente con el artículo 53: El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

La inflación tiene como principal efecto la depreciación o pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que en la órbita laboral se traduce en un tema de relevancia, ya que tiene una inescindible correlación con la subsistencia del ser humano y con la economía de una sociedad, por lo tanto, desconocer la indexación sería desconocer principios fundamentales como la equidad, el debido proceso, y principios laborales como el de favorabilidad y equilibrio económico de las prestaciones a cargo del empleador o del sistema de seguridad social. En consecuencia la indexación, cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre la fecha de retiro del trabajador y el cumplimiento de la edad, le corresponde reconocer derechos como el mínimo vital y móvil, la igualdad, la dignidad humana de las personas de la tercera edad, quienes bajo el amparo de la Constitución Política de Colombia, constituyen una población que merece una especial protección por parte de la sociedad y el Estado.

En un Estado Social de Derecho la garantía y el respeto del derecho a la seguridad social, constituye uno de los principales fundamentos de la sociedad en la medida en que se relaciona directa y principalmente con el amparo que se debe brindar a las personas de la tercera edad, mediante las pensiones de vejez, y otorgando una protección en salud a todos los coaso-

ciados.

Es así que la pensión de vejez cumple una función fundamental dentro del sistema de seguridad social, la cual consiste específicamente en garantizar a la población de la tercera edad los recursos mínimos para su sostenimiento y la mayoría de las veces es el único ingreso o la parte más significativa del mismo. Una vejez sin carencia de recursos permite al ser humano el desarrollo de su esencia que involucra claros conceptos ius-filosóficos como la dignidad humana, la existencia y la integridad personal.

La no indexación de la mesada pensional es un problema que radica en cabeza de las personas de la tercera edad que devengan una pensión con los regímenes pensionales establecidos antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales que se encuentran paralelos al Sistema por haber tenido origen convencional, ya sea por pactos colectivos o simples convenciones de las partes. La mencionada situación, ha generado en la población de la tercera edad inseguridad jurídica y desprotección económica que no le permite cubrir sus necesidades, aunada a su incapacidad física e intelectual para procurarse los medios de subsistencia.

Finalmente, la pensión liquidada con el último salario percibido por parte del trabajador, causará un perjuicio para el pensionado por cuanto el poder adquisitivo del último salario es inferior, al que va a tener su pensión en el momento de cumplir los requisitos, este desequilibrio que se presenta con la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda, es central debido a que se afecta el equilibrio de las prestaciones sociales, principio esencial dentro del sistema jurídico, lo que constriñe derechos como la vida, la igualdad, la dignidad y el mínimo vital de una población vulnerable como es la de los adultos mayores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acto Legislativo 01 de 2005.

Carrasco, E. (2003). *Diez años del sistema de seguridad social colombiano*.

- Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. (2011). *Constitución Política*. Bogotá: Temis.
- Colombia. Congreso de la República. (2010). *Leyes, Decretos, Código Civil*. Bogotá: Legis.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 100 de 1993*. Bogotá: [s.n.], 1993.
- Ferrajoli, L. (2002). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid:Trotta.
- Gallardo, H. (2000). *Discusión sobre derechos humanos*. Quito: Tierra Nueva.
- González, B. (2004). *La seguridad social en el mundo*. México: Siglo XXI Editores.
- Gómez, F. (2010). *Constitución Política de Colombia*, Bogotá: LEYER.
- Pérez, A. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Restrepo, M.H. (2010) *Economía y derechos humanos del liberalismo al neoliberalismo*. Tunja: UPTC.
- Sagardoy, J. A. (2004). *Prontuario de seguridad social*. Madrid: Constitución y Leyes.
- Sarmiento, A. (2007). *Corrupción y clientelismo en Colombia*. Bogotá.
- Touraine, A. (1997). *Podremos vivir juntos: Iguales y diferentes*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

INFORMES

Organización Internacional del Trabajo. (2011). Brindar cobertura en tiem-

pos de crisis, y después de las crisis. Informe Mundial sobre la Seguridad Social 2010-2011. Ginebra: OIT, 2011.

Organización Internacional del Trabajo. (1992). Administración de la Seguridad Social. Informe. Ginebra: OIT.

JURISPRUDENCIAS

Colombia, Consejo de Estado. Auto 18 de octubre de 1994. Expediente No. 7934, 1994.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-225/1994. M. P. Hernández Galindo José, 1994.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-755 de 1999, M. P. Mesa Naranjo Vladimiro, 2003.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-818 de 2000. M. P. Cepeda Espinosa Manuel José, 2000.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela No. 1239 del 7 de septiembre de 2000.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2002. M. P. Vargas Hernández Clara Inés, 2002.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-T-772 de 2003. M. P. Cepeda Espinosa Manuel José, 2003.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia S.U. 120 de 13 de febrero de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis, 2003.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-663 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño, 2003.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1169 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, 2003.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2006. M. P. Humberto

- Antonio Sierra Porto, 2006.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-891A de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil, 2006.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-224 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil, 2007.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992. M. P. Martínez Caballero Alejandro, 1992.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-701 de 2009. M. P. Humberto Sierra Porto, 2009.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 414 de 2009. M. P. Vargas Silva Luis Ernesto, 2009.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU- 1073 de 2012. M. P. Pretelt-Chaljub Jorge Ignacio, 2012.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia 6 de septiembre de 2001. Expediente No. 13232,2001.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia 27 de noviembre de 2002. Expediente No. 13632, 2002.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 30 de septiembre de 1984.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 4087 de 8 de abril de 1991. M. P. Ernesto Jiménez Díaz, 1991.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 4086 de 13 de noviembre de 1991. M. P. Ernesto Jiménez Díaz, 1991.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 4584 de 13 noviembre de 1991. M. P. Ernesto Jiménez Díaz, 1991.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 5221 de 15 de septiembre de 1992. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 1992.

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 7996 de 8 de febrero de 1996. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 1996.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 9083 de 7 de junio de 1996. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 1996.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 8616 de 5 de agosto de 1996. M. P. Fernando Vásquez Botero, 1996.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 11818 de 18 de agosto de 1999. M. P. Carlos Isaac Nader, 1999.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 12088 de 9 de septiembre de 1999. M. P. Carlos Isaac Nader, 1999.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 12094. de 12 de octubre de 1999. M. P. Germán Gonzalo Valdés Sánchez, 1999.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 12119 de 3 de noviembre de 1999. M. P. Germán Gonzalo Valdés Sánchez, 1999.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 12501 de 30 de noviembre de 1999. M. P. José Roberto Herrera Vergara, 1999.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 13426 de 8 de agosto de 2000. M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, 2000.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Rad. 13336 de 6 de Julio de 2000. M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, 2000.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 18.037 de 4 de septiembre de 2002. M. P. José Roberto Herrera Vergara, 2002.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 18266 de 24 de julio de 2002. M. P. José Roberto Herrera Vergara,

2002.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 21902 del 13 de febrero de 2004. M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 2004.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 25009 de 16 de noviembre de 2005. M. P. Isaura Vargas Díaz, 2005.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 23913 de 25 de julio de 2005. M. P. Luis Javier Osorio López, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 26694 de 24 de noviembre de 2005. Rad. 26654 de 4 de abril de 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 28807 de 14 de noviembre de 2006. M. P. Luis Javier Osorio López, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 25509 de 28 de febrero de 2006. M. P. Isaura Vargas Díaz, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 28430 de 29 de junio de 2006. M. P. Luis Eduardo López Villegas, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 27120 de 26 de noviembre de 2006. M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 29470 del 20 de abril de 2007. M. P. Luis Javier Osorio López, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 29022 de 31 de julio de 2007. M. P. Camilo Tarquino Gallego, 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 31277 de 20 de noviembre de 2007. M. P. Eduardo López Villegas, 2007.

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 29990 de 5 de febrero de 2008 M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, 2008.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 30553 de 19 de febrero de 2008. M. P. Isaura Vargas Díaz, 2008.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 33884 de 20 de mayo de 2008 M. P. Eduardo López Villegas, 2008.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 32191 de 2 de julio de 2008 M. P. Camilo Tarquino Gallego, 2008.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 33046 de 20 de septiembre de 2008. M. P. Camilo Tarquino Gallego, 2008.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 33531 de 10 de febrero de 2009. M. P. Eduardo López Villegas, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 33903 de de 17 de febrero de 2009 M. P. Isaura Vargas Díaz, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 32582 de 5 de mayo de 2009. M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 37378 de 1 de septiembre de 2009. M. P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 34085 de 31 de marzo de 2009. M. P. Eduardo López Villegas. Bogotá, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 34036 de 25 de marzo de 2009. M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, 2009.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 36792 de 1 de julio de 2009. M. P. Eduardo López Villegas, 2009.