

Casación 11818

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-No es posible cuando se reconoce en oportunidad legal y el Empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación

RESUMEN:

Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo.

Teniendo los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (*nemo auditur propiam turpitudinem alegans*). Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa depreciación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor. Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes "de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no", según las voces del art., 1530 del CC., en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (*in nuce*), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación. Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado 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. Lo dicho se funda en las siguientes razones: a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) el cumplimiento de una cantidad pre-establecida 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 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, 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. Nota de Relatoria.

Rectificación jurisprudencia contenida entre muchos en la sentencia de 5 de agosto de 1996,

Radicación 8616.

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS Dres. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ, LUIS GONZALO TORO CORREA, y FERNANDO VASQUEZ BOTERO

RESUMEN:

Como es de conocimiento en el ámbito jurídico nacional, desde el año de 1996, en sentencia del 5 de agosto de esa anualidad, radicación Nro. 8616, esta Sala de la Corte, por mayoría, que ahora queda en minoría, aceptó la procedencia de la actualización judicial de la base salarial que de acuerdo con la ley debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, que es lo que tradicionalmente se le ha dado la denominación de "indexación de la primera mesada pensional". Es por lo anterior que quienes nos separamos de la sentencia que impone un nuevo criterio, en sentido contrario, sobre tal tema, estimamos indispensable traer a colación, en primer lugar, las razones en que se ha fundamentado nuestra posición al respecto, ya que para nosotros siguen siendo válidas, y para ello nos remitimos a lo expresado en el fallo del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, así: "Ha sido posición reiterada de esta Sala de la Corte la de reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo del fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aduciendo para ello razones de justicia y equidad o porque se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación. Debe anotarse que el panorama jurídico ahora brinda nuevos y mayores elementos para aceptar la aplicación del correctivo de la indexación. Pues ciertamente en punto de las pensiones, se expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que en varias de sus disposiciones desarrolla los principios constitucionales en cuanto consagran la previsión de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como arbitrio eficaz para garantizar la congrua subsistencia de amplísimos sectores salariales (arts., 48 y 53 de la Carta Política). Dicha ley establece mecanismos de actualización no solo de las pensiones causadas (art., 14) sino de los recursos recaudados para el pago de pensiones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (arts., 36 y 117). Si bien para el caso de autos, en el que se solicita la indexación de la primera mesada pensional causada en 1987, no es aplicable el criterio de la analogía legal de una norma expedida en 1993, si es iluminante del criterio judicial el que tal sistema se hubiera establecido por el legislador, pues ello demuestra la necesidad imperiosa de ponerle coto a situaciones de flagrante injusticia, y la pertinencia del remedio aplicado por la doctrina jurisprudencial. Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla solo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria. De otra parte, reiterando el debido respeto que nos merece el fallo del que nos separamos, a los argumentos que se exponen en la providencia antes transcrita para sostener la pertinencia de la indexación pretendida y discutida a través de este proceso, agregamos lo siguiente: 1. Si se analiza, desde el año de 1982 y hasta la fecha, el desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte en materia de indexación de las obligaciones laborales en general, se impone llegar a la conclusión que al acogerse la revaluación de la base salarial para la pensión de jubilación, no se pretendió, como lo afirma la mayoría, reemplazar un "ordenamiento jurídico de corte nominalista" por un "régimen valorista", sino buscar una solución a un desequilibrio económico que tiene profundas repercusiones en las relaciones que regulan el derecho laboral, por lo que representa lo que se recibe como

contraprestación directa o indirecta, independientemente de su denominación jurídica. Es indudable que si en el derecho laboral se estudia la indexación, y si se trata de explicar su razón de ser, desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, necesariamente como lo hace la mayoría, habría que llegar a la deducción que si no hay obligación o crédito en mora, no es posible indexar, ya que ello haría parte de la indemnización de perjuicios. Como para quienes salvamos el voto, con la indexación en materia laboral se busca no sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta o no a una modalidad, es por lo que aceptamos la pertinencia y legalidad de la revaluación judicial de la base salarial para tasar la pensión de jubilación. La circunstancia que transcurrieron más de 14 años después de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre la indexación de las obligaciones laborales, para finalmente admitir la posibilidad de revaluar la base salarial a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es claramente indicativa que el criterio de la jurisprudencia, como lo ha venido haciendo, es estudiar en cada caso su procedencia, y no como lo sostiene la mayoría que en virtud de esto último se ha de llegar "fatalmente a una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas (...)". Asimismo, estimamos equivocado aducir la ley 100 de 1993 como argumento para restarle soporte al criterio que hoy queda de minoría. Además, tampoco sobra recordar que en los fallos proferidos hasta ahora con fundamento en el criterio jurisprudencial que deja de ser mayoritario, siempre el obligado a pagar la pensión era el empleador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

ACTA N° 32

RADICACION 11818

Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER

Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO (CAJA AGRARIA) contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 22 de septiembre de 1998, dentro del proceso ordinario instaurado por DOMINGO ANTONIO FLOREZ CÁRDENAS.

Vista la sustitución del poder que obra a folio 19 del cuaderno correspondiente al recurso extraordinario, téngase al abogado Alvaro Díaz-Granados Goenaga, portador de la T.P. 5497, como apoderado de Domingo Antonio Florez Cárdenas, en los términos del memorial aludido.

I. ANTECEDENTES

1. Previo agotamiento de la vía gubernativa, DOMINGO ANTONIO FLOREZ CÁRDENAS demandó a la CAJA AGRARIA para que se ordenara la reliquidación del valor inicial de la pensión de jubilación a él reconocida, actualizando el salario promedio devengado durante el último año de servicios hasta el momento en que empezó a disfrutarla y se impusiera el "pago de la diferencia resultante entre lo que se le está reconociendo y el valor actualizado", así como el

reajuste anual de la mesada revalorizada, todo ello con base en la variación de los índices de precios al consumidor.

Fundó el actor sus pretensiones en los siguientes hechos, resumidos así del libelo: 1) Que prestó sus servicios a la demandada entre el 4 de diciembre de 1970 y el 15 de noviembre de 1991, fecha ésta en la que se retiró voluntariamente en virtud de la conciliación celebrada ante el Juez Laboral de Pamplona (Santander), el día 6 de octubre de 1991, y en la que se pactó reconocer "el derecho a la pensión cuando cumpliera los 47 años de edad, de acuerdo con la Convención Colectiva 1990-1992 en su artículo 42"; 2) el 8 de junio de 1995 cumplió la edad referida y a partir de tal fecha la entidad le reconoció la pensión; 3) dicha prestación le fue liquidada, con base en la convención colectiva 1990-1992, sobre un ingreso promedio mensual de \$255.627.56; 4) el valor de la mesada reconocida fue de \$191.720.67, suma equivalente al 75% de aquella, pero realmente inferior a lo que en derecho le correspondía, porque al momento de su retiro devengaba el equivalente a 3.7 salarios mínimos legales de 1991, mientras que la mesada reconocida era igual a 1.61 salarios mínimos de 1995, produciéndose una desmejora de su pensión en un 57%.

Justificó su pedimento en la jurisprudencia de esta Corporación, basada en "un asunto exactamente igual al debatido en el presente caso".

2. Se opuso la CAJA AGRARIA a las pretensiones del actor y adujo las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante y pago. Admitió la existencia del contrato de trabajo con Florez Cárdenas, los extremos temporales y la forma de terminación del mismo; mas, rechazó el alcance dado por el actor a la conciliación celebrada para la terminación de la relación de trabajo, así como la aplicación de la indexación a obligaciones no exigibles.

3. En audiencia celebrada el 3 de agosto de 1998 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada y, consecuentemente, despachó las súplicas de la demanda en forma favorable. Consideró el juzgador de primer grado que el demandante devengaba a 15 de noviembre de 1991, momento en el cual se produjo su retiro, "4.94 salarios mínimos mensuales y la demandada, después de tres (3) años, seis (6) meses y veintitrés (23) días, cuando el demandante adquiere el derecho, lo pensiona con el valor de 1.61 salarios mínimos únicamente, desconociendo abiertamente el artículo 48 de la Constitución Nacional, desarrollado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en cuanto no mantuvo el poder adquisitivo constante de la mesada pensional del demandante".

II. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá, al resolver el recurso de alzada propuesto por la CAJA AGRARIA, confirmó en su integridad la sentencia del a quo. Fincó su decisión en el criterio mayoritario de esta Sala de la Corte y concluyó, con apoyo en él, que era procedente el reconocimiento de la revalorización solicitada en tanto ella estriba en razones "de justicia y equidad o porque se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación". Continúo diciendo: "El 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 de la deuda, hace indispensable aplicar la indexación de los derechos laborales, pues la moneda del pago en la cantidad en que se concretó la obligación, no tiene en el momento del pago, el mismo valor que tenía cuando se causó".

III. RECURSO DE CASACIÓN

1. Fue interpuesto por la demandada y replicado en tiempo. Su alcance se concreta a que la Corte case totalmente la sentencia impugnada y, en sede de instancia, revoque el fallo del a quo y absuelva a la Caja Agraria de todas las pretensiones de la demanda. Invoca la causal primera de casación y formula un sólo cargo, en los siguientes términos:

"UNICO CARGO:

"Acuso la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, las siguientes normas legales: artículos 19, 1 y 50 del Código Sustantivo del Trabajo; 8 de la Ley 153 de 1887; 178 del Código Contencioso Administrativo; 1613 a 1617, 1626, 1627, 1649, 1530, 1536, 1537, 1539, 1542, 2310 y 2311 del Código Civil; 1 y 11 de la Ley 6ª. de 1945; numerales 137 y 138 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989 modificatorios de los artículos 307, 308 y 488 del Código de Procedimiento Civil, 145 del Código Procesal del Trabajo; 3 de la Ley 10 de 1972; 14, 36, 117 y 143 de la Ley 100 de 1993; 42 del Decreto Reglamentario 692 de 1994. En efecto, el fallo impugnado viola la ley sustantiva por interpretación errónea, vale decir, que la norma legal aplicada por el juzgador es la adecuada al caso controvertido, pero al no ser claro y preciso su texto dio lugar a interpretaciones que no corresponden a su verdadero espíritu".

En el desarrollo del cargo el impugnante pone de presente que ante la ausencia de normas expresas en el ordenamiento colombiano, la Corte admitió la indexación como componente inequívoco de la indemnización de un perjuicio causado por el incumplimiento del contrato y no del simple desajuste monetario. A partir de tal contravención -sostiene la acusación- es "cuando se genera la obligación de indemnizar al acreedor, vale decir, al no efectuarse el pago oportuno la obligación se torna exigible e impagada, por lo cual el deudor debe cubrir el perjuicio derivado del lucro cesante y, por tanto, reconocer la indexación de la deuda, según mandatos de los artículos 1613 a 1617 del Código Civil".

Sostiene, además, que el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 admite el correctivo aludido, "pero siempre a partir de una fecha predeterminada y con fundamento en la exigibilidad de la obligación y la aplicación del índice de precios al consumidor". Niega la condena in genere en materia laboral y, soportado en los argumentos del salvamento de voto a la sentencia de casación del 14 de agosto de 1996, niega la aplicación del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil a los asuntos de que conoce esta jurisdicción.

A continuación arguye: "La Sala de Casación Laboral ha considerado que cuando se ha cumplido únicamente el tiempo de servicios pero no la edad para acceder a la pensión de jubilación, se está ante una mera expectativa y no un derecho adquirido, vale decir, que tal derecho pende de una condición suspensiva, el cumplimiento de la edad requerida". Y remata: "Por todo lo expuesto el Tribunal violó a través del fallo acusado la ley sustantiva, vale decir, las normas enlistadas al formular el cargo, en la modalidad de interpretación errónea, con incidencia en la parte resolutive del fallo impugnado, hasta el punto de que ello condujo al ad-quem a confirmar las condenas que impuso el a-quo a mi representada, cuando ha debido absolverla".

2. La réplica señala que el Tribunal no tuvo en cuenta todas las normas por el recurrente, sino únicamente los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 153 de 1887, a la que le dio el mismo entendimiento que la Sala de Casación de la Corte le ha profesado y la cual recoge la que antes, conjuntamente con la Sala Civil de esta Corporación, venía sosteniendo. Anota, también, que el fundamento de la tesis mayoritaria descansa en los principios de justicia y

equidad cuyo análisis se elude en la acusación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Anota la Sala de manera preliminar que el reproche del replicante, en cuanto a la proposición jurídica, no es de recibo, porque bastaba a la censura citar al menos una norma de carácter sustantivo, pertinente a la materia y expresa o tácitamente invocada por el Tribunal, para abrirle paso, desde el punto de vista de la técnica del recurso, al estudio del fondo de la casación. Por otra parte, la anotada escasa disquisición respecto de los principios de "justicia y equidad", soporte del criterio mayoritario de la doctrina vigente de la Corte en materia de indexación, es punto intrascendente en la medida en que el casacionista cimienta su discurso justamente en el errado entendimiento de los artículos 1º y 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 153 de 1887, sobre los cuales se ha edificado la tesis de la revalorización, acogida por el fallador de segundo grado.

2. En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación. Ello responde a la aceptación indiscutida de que el país se halla inserto en un ordenamiento jurídico de corte nominalista, sistema que, no obstante las dificultades que toda economía de mercado presenta, ofrece garantía de seriedad a la inmensidad de relaciones de orden patrimonial que a diario se suscitan en ella. A partir del descalabro producido por la primera gran guerra del siglo XX, legisladores y jueces de todas las latitudes se vieron en la imperiosa necesidad de morigerar el nominalismo acendrado de sus regímenes privados, con el propósito de restablecer el equilibrio perdido en las relaciones contractuales, de manera imprevista y repentina, por una hiperdevaluación de sus monedas. Sin embargo, ello no se hizo en forma generalizada. Y no se podía hacer así porque hubiera significado la adopción de un régimen "valorista" y, por contera, un grave retroceso hacia una sociedad de trueque ya superada, en donde la moneda carece de todo sentido.

3. La indización o indexación siempre ha sido, sin lugar a dudas, una medida excepcional. Es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la "inflación". 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 de ella ante la consecuencial 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.

El carácter relativo de la indexación emerge de una exigencia de la ley, a la cual el juez debe someterse en virtud del imperativo categórico contenido en el artículo 230 de la Constitución Política. 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, que no empee su ubicación metodológica tiene alcance general, 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 canon 1627 ejusdem: "El pago se hará bajo todos respectos **en conformidad al tenor de la obligación**; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes" (negrillas de la Corte). 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 de la Ley 446 de 1998).

4. Ahora bien, cierto es que el juez laboral, en tanto operador del derecho y realizador de la justicia del trabajo, no puede ser indiferente a lo que Bruce Ackerman denomina el "contexto de percepción social", o conjunto de realidades de una comunidad determinada. A ello obedece la necesaria relectura de los textos legales y la toma de decisiones en consonancia con los nuevos fenómenos presentados en las intrincadas relaciones empresario-trabajador; porque un régimen jurídico como el colombiano, nacido en las entrañas del *laissez faire*, no puede servir de referente inexorable un siglo después, en presencia de una economía intervenida y un Estado protagónico cuyo fin es asegurar el bienestar social. Pero, este papel de la judicatura no puede llegar al extremo de pretender igualarse al legislador, en tanto la separación de los distintos poderes que en el Estado coexisten es presupuesto indispensable en la construcción de una democracia constitucional como la colombiana.

A partir de éste nuevo contexto de realidades económicas, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han dado paso bajo específicas circunstancias a la revalorización de algunas obligaciones dinerarias. Se ha reconocido, entonces, que la pérdida de poder adquisitivo del peso (depreciación), originada en una alza generalizada de los precios de bienes y servicios ofertados (inflación), exige una respuesta del derecho para compensar el desequilibrio del sinalagma contractual (indexación).

5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. Teniendo los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (*nemo auditur propiam turpitudinem alegans*).

Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa depreciación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber precavido los alcances de su tendencia nominalista. El presupuesto es, se reitera, la presencia de una obligación cierta, respecto de la cual existe una situación jurídica constituida y cuyos efectos se surtieron o se están surtiendo. Ilustra lo afirmado en este punto, el caso de las prestaciones sociales, respecto de las cuales ha dispuesto el legislador, de manera expresa, la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que siendo ésta, por definición del precepto en cita,

una "indemnización", no desvirtuada la mala fe y condenándose a ella, tórnase improcedente la indexación por haberse previsto una fórmula indemnizatoria propia.

c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes "de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no", según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

6. Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado 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. Lo dicho se funda en las siguientes razones:

a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) el cumplimiento de una cantidad pre-establecida 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 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, 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.

Sostienen algunos que en el caso antes referido hay más bien un derecho sometido a condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, sólo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss, ib.), los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib.), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 ley 100/93), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (art. 260 C S T), por aportes (art. 7º ley 71/88), de sobrevivientes, para no citar más.

Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de previsión, deudor futuro de la

pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una "expectativa de derecho" y no una "mera expectativa", expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

b) Así pues, 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, conforme a los parámetros en ella señalados, 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.

c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron 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.

d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.

7. Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la "indexación de la primera mesada pensional" conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no solo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aún después de la vigencia de la ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.

Finalmente no puede desconocerse que la equidad también está consultada por la ley 100 de 1993, dado que a partir de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, además de éstas, debe cancelar el deudor la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se cancele la obligación.

8. Síguese como corolario de las consideraciones anteriores que el recurso está llamado a prosperar, porque si bien el Tribunal Superior siguió la doctrina mayoritaria de la Corte, vigente hasta hoy, no por ello se dejó de incurrir en la interpretación errónea de los artículos 1 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 153 de 1887 que el cargo le endilga. Se impone, entonces, la quiebra del fallo acusado y, en sede de instancia, la revocatoria de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Santafé de Bogotá, para, en su lugar, disponer la absolución a la parte demandada de todas las súplicas de la demanda. No se condenará al pago de costas en las instancias, por cuanto el resultado adverso al demandante se origina en un cambio de jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 22 de septiembre de 1998, en el proceso instaurado por Domingo Antonio Florez Cárdenas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. En sede de instancia REVOCA la sentencia de primer grado y, en su lugar, ABSUELVE a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO de todas las súplicas de la demanda. Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase el Expediente al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

CARLOS ISAAC NADER

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA

Salvamento de Voto

RAFAEL MÉNDEZ ARANGO LUIS GONZALO TORO CORREA

Salvamento de Voto

GERMAN G. VALDES SANCHEZ FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

Salvamento de Voto

LAURA MARGARITA MANOTAS GONZALEZ

Secretaria

Salvamento de Voto

Radicación Nro. 11818

Con el debido respeto nos permitimos salvar el voto en la decisión acogida por la Sala en la sentencia del 18 del mes y año en curso, proferida para desatar el recurso de casación propuesto por la parte demandada dentro del proceso ordinario promovido por Domingo Antonio Flórez Cárdenas contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, radicación 11818.

Como es de conocimiento en el ámbito jurídico nacional, desde el año de 1996, en sentencia del 5 de agosto de esa anualidad, radicación Nro. 8616, esta Sala de la Corte, por mayoría, que ahora queda en minoría, aceptó la procedencia de la actualización judicial de la base

salarial que de acuerdo con la ley debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, que es lo que tradicionalmente se le ha dado la denominación de "indexación de la primera mesada pensional".

Es por lo anterior que quienes nos separamos de la sentencia que impone un nuevo criterio, en sentido contrario, sobre tal tema, estimamos indispensable traer a colación, en primer lugar, las razones en que se ha fundamentado nuestra posición al respecto, ya que para nosotros siguen siendo válidas, y para ello nos remitimos a lo expresado en el fallo del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, así:

"(...) Ahora bien, ciertamente en la demanda con la que se inició el juicio se ha deprecado la reliquidación del valor inicial de la pensión de jubilación del accionante, mediante la aplicación al salario promedio devengado por él durante el último año de servicios, del valor de la depreciación monetaria que afectó el peso colombiano entre la fecha de la terminación de su contrato laboral y aquella en que empezó a devengar dicha pensión, esto es, entre el 30 de noviembre de 1978 y el 22 de julio de 1984.

El Tribunal para dirimir la controversia precisó: que la indexación no tiene alcance general; que por vía jurisprudencial se ha efectuado su reconocimiento para casos concretos y con el objeto de corregir situaciones de mora en el cumplimiento de obligaciones, hipótesis que no se da en el caso; que el otorgamiento de la indexación al demandante representaría un cambio en las reglas de juego en perjuicio de una de las partes, y que cuando el ex trabajador decidió desvincularse de la empleadora, faltándole más de cinco años para cumplir la edad jubilatoria, tenía conocimiento de las consecuencias monetarias de su determinación, pues la depreciación del peso colombiano es un hecho notorio.

Empero, a juicio de la Sala, la providencia del Tribunal, así sea consonante con la tesis del salvamento de voto a la que finalmente se remite, sí incurre en el yerro de apreciación jurídica que le endilga la acusación, pues conforme lo tiene dicho la Corte de vieja data, y lo reiteró recientemente en su sentencia de casación del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, la indexación es aplicable en el derecho del trabajo y, específicamente en casos como el que se trata, con el objeto de paliar los efectos que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda tiene sobre la cuantía de créditos laborales, como la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante.

"Y es por lo anterior que con fundamento en los artículos 8º de la ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo se ha admitido la posibilidad de aplicar en asuntos del trabajo la corrección o actualización monetaria. Solución a la que se ha llegado teniendo en cuenta: principios de derecho laboral, de justicia y de equidad; la consagración positiva de la corrección monetaria en varios campos de la actividad civil en Colombia, como también en el derecho administrativo; su aceptación por la doctrina y jurisprudencia extranjeras; las normas reguladoras de pago; los principios del equilibrio contractual, y los desarrollos que en materia de seguridad social pensional introdujo la ley 100 de 1993.

"De modo, pues, que cuando el Tribunal, a pesar de reconocer la existencia notoria del fenómeno de la depreciación del peso colombiano, se abstuvo de aplicar la corrección monetaria a la primera mesada pensional del petente, incurrió en el estigma de interpretación jurídica que se le endilga, pues le entregó a las normas referidas en el cargo, principalmente a los artículos 8 de la ley 153 de 1887 y 19 del CST, un entendimiento restringido, que no le permitió, en un contexto de justicia, equidad y equilibrio social (art. 1º ib), solucionar el envilecimiento del valor nominal

de la pensión de jubilación de aquél y reajustarla a su cuantía real, conforme lo tiene establecido esta Corporación. Pérdida del poder adquisitivo que no depende de que se esté en mora el cumplimiento de una obligación sino de la existencia de un fenómeno económico, que al ser reconocido no implica imponerle a quien deba soportarlo una carga superior a la que llegare a estar obligado, ya que mirado desde la óptica del poder adquisitivo de la moneda los valores nominales que se determinen son iguales.

"Se impone recordar que ha sido posición reiterada de la Sala reconocer la aplicabilidad de la indexación como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, argumentando, para el efecto, en unos casos, razones de justicia y equidad, y en otros, el retardo del cumplimiento de una obligación. Empero, en fechas más recientes, con fundamento en la primera razón precitada, se ha precisado la procedencia de aquella para actualizar una suma de dinero que va a servir para tasar una obligación futura, y a la cual se proyecta, como es obvio, las incidencias negativas de la inflación. Al respecto la Corporación en el ya citado fallo del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, dijo:

"Para ello vale la pena recordar el basamento que ha tenido la jurisprudencia de la Corporación al aceptar el mecanismo de la indexación. Sobre el particular se expresó en sentencia del 13 de noviembre de 1991, Radicación No. 4486:

"Con apoyo en tal preceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido vario: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria nacional al respecto, en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al del trabajo, en cuanto dicho modo de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios del enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios estimativos del derecho laboral. Y, ahora, según los principios constitucionales atrás destacados es pertinente e imperativo tener en cuenta los lineamientos que el constituyente mismo estableció a este respecto y en la materia específica del derecho laboral, expectante de concretos y futuros desarrollos legislativos.

"El panorama jurídico ahora brinda nuevos y mayores elementos para aceptar la aplicación del correctivo de la indexación. Pues ciertamente en punto de las pensiones, se expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que en varias de sus disposiciones desarrolla los principios constitucionales en cuanto consagran la previsión de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como arbitrio eficaz para garantizar la congrua subsistencia de amplísimos sectores salariales (artículos 48 y 53 de la Carta Política). Dicha ley establece mecanismos de actualización no solo de las

pensiones causadas (artículo 14) sino de los recursos recaudados para el pago de pensiones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (artículos 36 y 117).

"Si bien para el caso de autos, en el que se solicita la indexación de la primera mesada pensional causada en 1987, no es aplicable el criterio de la analogía legal de una norma expedida en 1993, si es iluminante del criterio judicial el que tal sistema se hubiera establecido por el legislador, pues ello demuestra la necesidad imperiosa de ponerle coto a situaciones de flagrante injusticia, y la pertinencia del remedio aplicado por la doctrina jurisprudencial.

"Por ello, para resolver el tema bajo examen, siguen sirviendo como soporte de la decisión los destacados en el aparte de la sentencia transcrita del 13 de noviembre de 1991 y, fundamentalmente la orientación legal y doctrinal que impide el enriquecimiento sin causa. Que no otra cosa significaría el que se pudiera solucionar una deuda, respetando un monto nominal que dista enormemente - en el momento del pago - del valor real que tenía la deuda cuando fue contraída."

"Y precisamente una situación semejante es la que se presenta en el caso bajo estudio, pues de acuerdo con el documento de folios 16 a 21 del cuaderno de primera instancia, el demandante, cuando dejó de prestar sus servicios a la demandada: el 30 de noviembre de 1978, devengaba un salario promedio mensual de \$21.077,53, el mismo que se le tuvo en cuenta, el 22 de julio de 1984, para reconocerle un débito pensional equivalente al 75% de su valor, es decir, \$15.808,00, no obstante que entre tales fechas el signo monetario colombiano se depreció en un 146%, según el certificado de folio 63 ibídem.

"La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo, ni pasar por alto la jurisprudencia, toda vez que desconocerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1° del CST, se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social, por lo que se impone, con fundamento en el artículo 8° de la ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que "el hecho notorio" de la inflación terminaría perjudicando, inequitativamente, a una de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es propiamente el llamado a soportar tal fenómeno económico porque él no tiene la posibilidad de tomar medidas para protegerse del mismo en razón que su aporte en el contrato es su capacidad de trabajo; situación que no puede predicarse con respecto al empleador porque éste sí tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo de la actividad donde aquél presta el servicio, por lo que se puede afirmar que es a él a quien le corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, pues está en capacidad de tomar las medidas financieras del caso para cubrirse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de una pensión de jubilación actualizando el valor de salario que años atrás devengó el trabajador.

"Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla solo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria a los \$15.808,15, que se estableció es el valor de la pensión del accionante cuando cumplió 55 años de vida, el 22 de julio de 1984, para cuya tasación se tuvo en cuenta el último salario promedio mensual que devengaba el 30 noviembre de 1978, es decir, algo más de cinco (5) años antes. El resultado de una operación tal, así sea numéricamente mayor, equivale, para la primera fecha, al

valor inicialmente citado, razón por la cual no es predicable que en términos reales de economía y finanzas la indexación le represente cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

"En consecuencia, el cargo prospera; motivo por el cual no hay lugar a costas del recurso extraordinario"

De otra parte, reiterando el debido respeto que nos merece el fallo del que nos separamos, a los argumentos que se exponen en la providencia antes transcrita para sostener la pertinencia de la indexación pretendida y discutida a través de este proceso, agregamos lo siguiente:

1. Si se analiza, desde el año de 1982 y hasta la fecha, el desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte en materia de indexación de las obligaciones laborales en general, se impone llegar a la conclusión que al acogerse la revaluación de la base salarial para la pensión de jubilación, no se pretendió, como lo afirma la mayoría, reemplazar un "ordenamiento jurídico de corte nominalista" por un "régimen valorista", sino buscar una solución a un desequilibrio económico que tiene profundas repercusiones en las relaciones que regulan el derecho laboral, por lo que representa lo que se recibe como contraprestación directa o indirecta, independientemente de su denominación jurídica. Y ello en virtud, en primer lugar, de lo que es la inflación y su incidencia en algo tan vital para quien por su edad ve limitada su capacidad y oportunidad de trabajo, ya que basta citar la siguiente explicación más que gráfica de lo que es ese fenómeno económico: "inflación es cuando en vez de no tener plata, usted tiene el doble, pero no le alcanza para comprar lo que hubiera comprado con lo que no tenía". Y en segundo lugar, por lo que se expresa en la sentencia de la que nos apartamos: "En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación (...)".

2. Es por lo anterior que en nuestro sentir no se puede invocar el artículo 230 de la Constitución Nacional, y menos los artículos 2224 y 1627 del Código Civil, para negar la posibilidad legal de indexar la base salarial con referencia a la cual se debe liquidar la pensión de jubilación. Y esto porque la primera norma también remite a la "equidad" para la solución de conflicto de derecho y, las otras, como bien se sabe, pese a su tenor literal, ya se han superado por la jurisprudencia para disponer, en no pocos casos, la indexación en asuntos regulados por el Código Civil, a pesar que dicho estatuto está fundado en un criterio eminentemente nominalista o monetarista. Y es por ello que estimamos pertinente traer a colación apartes del salvamento de voto del doctor Fernando Hinestroza Forero a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Laffont Pianeta, expediente 3328, a saber:

"La obligación de pagar una suma de dinero puede ser tal desde el momento mismo en que surgió la relación, o ser el resultado de la conversión a dinero de una obligación de otra índole, que se perceptúa en el subrogado pecuniario de la prestación original (art. 1731 1 C.C.). En esta segunda hipótesis están de más las consideraciones y disquisiciones sobre el efecto perverso de la inflación sobre el acreedor de obligación pecuniaria, como quiera que la deuda llegó apenas ahora a ser de dinero, mediante la apreciación de la prestación correspondiente (o del perjuicio) en su valor actual, o sea que allí hay un valor presente real y justo.

"Como quiera que la cancelación del contrato, cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo recibido, aquel que recibió dinero de su contraparte debe restituírselo. Es esa una obligación de "valuta" o pecuniaria propiamente dicha, o pecuniaria primaria, porque la

obligación del deudor consiste originariamente en pagar una suma de dinero cierta y precisa. Hipótesis delante de la cual, habida cuenta del fenómeno inflacionario o de depreciación del dinero, surge la necesidad de determinar si lo que el deudor debe es simplemente una cantidad de unidades monetarias, la misma original, o si, debe actualizar, corregir, el monto pecuniario para que su pago sea completo, y el acreedor no resulte sacrificado inopinada e injustamente en provecho suyo.

"Es bien sabido que los pronunciamientos terminantes en favor del nominalismo y, consiguientemente, del poder liberatorio universal y absoluto de la moneda de curso legal o forzoso, han ido cediendo el paso paulatinamente a consideraciones y razonamientos de lógica y equidad irrefutables, que resaltando la pérdida continua y acelerada del poder adquisitivo de la moneda y observando los contrastes abismales que se presentan al cabo del tiempo entre el valor nominal y el valor real del dinero, tienden a introducir por vía pretoriana, atenuantes a aquel rigor del dictado político de la soberanía monetaria del Estado, y paliativos a sus efectos iníquos.

"Apenas hay para qué anotar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado, habiéndose inclinado ésta en los últimos quince años decididamente por la corrección o actualización monetaria, con orientación y ritmo variados y oscilaciones del todo naturales en materia de suyo delicada y conflictiva y de proyecciones no sólo jurídicas, sino sobre la economía, la individual, obviamente, pero también sobre la macroeconomía y la política económica del Estado. De ahí su encarecimiento de proceder con las mayores cautela y prudencia.

"Distintas son las explicaciones o justificaciones que doctrina y jurisprudencia han buscado y dado a su permisión del reajuste monetario, que van desde el concepto de resarcimiento del daño hasta el de enriquecimiento injusto, pasando por la exigencia de plenitud del pago. No todas esas presentaciones convienen a las distintas hipótesis, por lo cual su aplicación particularizada, a más de impedir una concepción general y unitaria, desemboca en inconsistencias y es propicia a contradicciones. En efecto, si se toma como explicación general la de un criterio indemnizatorio, ¿Cómo justificar la corrección monetaria en la hipótesis de nulidad ajena a cualquier incorrección? Es claro que en el caso del acreedor de restitución de dinero por sentencia resolutoria del contrato debida a incumplimiento del deudor, resulta sencillo, cómodo, y aún afectista, respaldar la orden de reajuste monetario diciendo que al acreedor le asiste derecho a indemnización del perjuicio consistente en la depreciación monetaria. Pero esa justificación estimula la tesis de que cuando el incumplido no es el contratante ahora deudor del dinero, sino el otro, no hay lugar a corrección monetaria, que no es propiamente un correlato lógico y equitativo de aquella. Y, ciertamente, en las demás eventualidades donde no se puede hablar ni de incumplimiento, ni de incorrección del deudor de obligación de restituir dinero, esa explicación no funciona.

"(...)

"Observo en la sentencia de 21 de septiembre de 1992 una contradicción interna, como quiera que a tiempo que pregona el imperio de la igualdad y la equidad y se resiente frente al desequilibrio de las obligaciones restitutorias cuando una de ellas es de devolver dinero, sin discriminaciones y reafirmando doctrina de la Sala que la llevó conjurar dicha injusticia procediendo de oficio; tal desequilibrio inocultable, objetivamente inícuo, se esfuma o, le resulta, más que indiferente, plausible, cuando el acreedor del dinero depreciado es el contratante cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución. Y sin una explicación aceptable de tal asimetría.

"Tampoco encuentro sostenible el argumento de que disponer en tal situación el reajuste monetario, 'equivaldría' a prohiar el 'incumplimiento', como si la corrección monetaria –o sea el equilibrio, la equidad y la justicia– pudieran tomarse de manera de recompensa a la buena conducta o 'beneficio', sólo asignable en razón de ella, y su denegación, cual un castigo, ante cuya amenaza los deudores habrían de cuidarse más de ser cumplidos, es decir, como factor disuasivo.

"(...)

"Es obvio que al juzgador le es forzoso someterse a la ley; pero también, que no le es menos imperativo interpretarla y aplicarla teniendo en cuenta la justicia y la equidad. Ciertamente ningún precepto de código dispone la corrección monetaria, de manera que el reajuste es, sin más, creación doctrinaria y jurisprudencial; así, la pregunta pertinente no podría ser la de si para este o aquel caso la ley la 'permite' o 'autoriza'; sino si la 'prohibe' o 'excluye'. En todas las circunstancias en que la Corte, con curia de la justicia y la equidad ha 'aceptado' la corrección monetaria, ha pronunciado jurisprudencia creadora de derecho, sin aguardar a la intervención del legislador. Sin embargo, para el caso de las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador por causa de resolución del contrato, debida a incumplimiento de este, la deniega arguyendo que el art. 1932, no sólo no se lo autoriza, sino que se lo impide.

"(...)

"Es elemental la consideración de que toda restitución del precio por parte del contratante que lo recibió, al declararse o decretarse la disolución del contrato, se limita a la parte que él haya pagado; de suerte que, del hecho de que el art. 1932 haya reiterado esa regla para el evento de resolución de compraventa por incumplimiento del comprador, precisamente para poner de relieve que su incumplimiento no acarrea la pérdida de la parte del precio por él satisfecha, no se puede deducir una prohibición legislativa del reajuste monetario, pese a la iniquidad que llevaría consigo la congelación del monto de esa obligación restitutoria. Y menos puede sostenerse que dicho desconocimiento de la realidad y de la justicia 'guarda armonía con el principio de los riesgos de la cosa debida y con el tratamiento equitativo del contrato de compraventa resuelto'. Los riesgos del cuerpo cierto están regulados en el art. 1932 3 conforme a los principios generales, sin concesión a favor del comprador, que autorice imaginar compensaciones con el deterioro de la moneda, y el tratamiento equitativo que merecen las partes es muy otro del de la rutina del comprador. ¿Dónde está, entonces, 'la distorsión del contenido legalmente vigente'? La corrección monetaria no es un privilegio o una ventaja para el acreedor, es simplemente reconocimiento de la realidad económica y freno a una injusticia sin causa alguna; es una medida que no exige orden expresa o implícita del legislador, pues su aplicación dimana de los principios o reglas generales del derecho"

3. Es indudable que si en el derecho laboral se estudia la indexación, y si se trata de explicar su razón de ser, desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, necesariamente como lo hace la mayoría, habría que llegar a la deducción que si no hay obligación o crédito en mora, no es posible indexar, ya que ello haría parte de la indemnización de perjuicios.

Como para quienes salvamos el voto, con la indexación en materia laboral se busca no sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta o no a una modalidad, es por lo que aceptamos la pertinencia y legalidad de la revaluación judicial de la base salarial para tasar la pensión de jubilación. Y para llegar a ella

se acude a mecanismos constitucionales y legales, como lo son la equidad y la analogía.

4. Aunque parezca contradictorio se impone destacar y aplaudir un avance en lo que era la posición de minoría, ya que antes se sostenía que mientras no se cumplieran los dos requisitos para configurar el derecho a la pensión de jubilación: edad y tiempo de servicio, solamente había una expectativa que ninguna protección legal tenía o merecía. En cambio en la sentencia se da a entender que quien cumple uno de esos dos supuestos es titular ya de un "derecho eventual", y aunque sea "eventual" se le otorga el calificativo de "derecho", ello es el avance, pues, por esa circunstancia, es innegable que es susceptible de cierta protección, así se puntualice que configurado el mismo solo tiene efectos hacia el futuro, y la forma de protegerlo es aceptando su indexación, sin que ello implique hacer más gravosa la situación del que lo deba satisfacer, pues como se ha explicado no obstante así el resultado de la operación numéricamente sea mayor, ello no representa cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

5. La circunstancia que transcurrieron más de 14 años después de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre la indexación de las obligaciones laborales, para finalmente admitir la posibilidad de revaluar la base salarial a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es claramente indicativa que el criterio de la jurisprudencia, como lo ha venido haciendo, es estudiar en cada caso su procedencia, y no como lo sostiene la mayoría que en virtud de esto último se ha de llegar "fatalmente a una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas (...)"

Asimismo, estimamos equivocado aducir la ley 100 de 1993 como argumento para restarle soporte al criterio que hoy queda de minoría. Y esto porque, por el contrario, nos atrevemos a afirmar que al introducir ese estatuto en sus artículos 21 y 36 el concepto de "actualización" con referencia a la variación del índice de precios al consumidor, no hace otra cosa que reconocer que la inflación afecta aquel presupuesto a tener en cuenta para tasar la pensión de vejez.

Además, tampoco sobra recordar que en los fallos proferidos hasta ahora con fundamento en el criterio jurisprudencial que deja de ser mayoritario, siempre el obligado a pagar la pensión era el empleador.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ LUIS GONZALO TORO CORREA

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

