

ANTEPROYECTO DE INVESTIGACION

JOHANY ALBERTO RAMIREZ M

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

NEIVA

2010

ANTEPROYECTO DE INVESTIGACION:

**¿Es económicamente posible mantener el sistema pensional dual? o
¿el sistema pensional social colombiano sucumbirá en el capitalismo
financiero? Y ¿Dónde se sitúa el derecho en la relación estructura-
superestructura?**

JOHANY ALBERTO RAMIREZ M

COD: 2005201919

DR. GERMAN ALFONSO LOPEZ

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

MATERIA: MONOGRAFIA I

NEIVA

2010

INTRODUCCION

Sin lugar a duda un tema que nos toca a todos los colombianos sin distinción de estratificación social es el de las pensiones, un tema que en la actualidad esta sobre la mesa de discusión y del cual sus conclusiones influirán en el destino de muchos y aunque el ideal es el beneficio común en el pueblo, la tendencia es que cada sector tire para su lado. Es este un momento en el acontecer nacional en el que el tema de tanto las pensiones, el sistema pensional, así como la sostenibilidad de este sistema, ocupa no solo el comentario del las personas del común, el de los juristas sino también el de los sectores laborales que quieren ver en el una base solida de su seguridad social.

Es flagrante la importancia especial que toma el mencionado tema por la coyuntura socioeconómica y jurídica que suscita el informe que rendirá el DANE con respecto al estudio que se hace sobre las expectativas de vida de las personas actualmente en Colombia.

El presente trabajo tiene una dirección fundamentada en establecer el si la casi reciente reforma pensional efectuada en el país desde su constitución, logra subsanar las causas de los defectos que hasta entonces se evidenciaban en el sistema pensional colombiano o si por el contrario después de la citada reforma y de sus buenas intenciones dichas causas, sus efectos y preocupaciones aun persisten en el acontecer de la seguridad social y mas concretamente pensional de los colombianos.

Teniendo en cuenta la máxima tan ampliamente conocida que reza que “quien no conoce su historia esta condenado a repetirla”, el presente trabajo inicia con una reseña histórica de el surgimiento así como del sistema pensional en Colombia, así como, se abordara el tema de la justificación y las causas que originan la reforma pensional implementada en el acto legislativo # 01 de el año 2005, basándose en las causas que hasta ese momento se consideraron como un obstáculo tanto para el cabal funcionamiento del sistema pensional, así como para su sostenibilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior se enfrentara a aun análisis del esquema pensional dual consagrado por el legislador en los años 1993 y 2003 el cual se vera afrontado en dos vías; la primera de ellas persigue le exposición de los rasgos y características legales mas relevantes de cada uno de los regímenes existentes, y la segunda será el análisis tanto de los efectos socioeconómicos, así como, la sostenibilidad financiera del sistema pensional existente hasta el momento de la reforma; y como del análisis de los aspectos antes mencionados surgió la inquietud sobre la conveniencia o no del mantenimiento del sistema de pensiones, así como, la estrecha relación con el tema del costo fiscal con ocasión de la misma.

Al momento de analizar los puntos mencionados previamente surge la inquietud de si existe o no conveniencias en el mantenimiento del actual sistema pensional, por lo que se dedicara un capítulo exclusivo a exponer en un aparte todo lo relacionado al régimen jurídico en el cual actúan las sociedades administradoras de los fondos de pensión, ya que son estas las encargadas del funcionamiento del sistema de ahorro individual.

Luego al entender que nuestra constitución ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual, Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicados al caso controvertido, todas las consecuencias mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales previstos en la totalidad de la Carta, lo que implica que la interpretación no puede limitarse a considerar el fin de la norma constitucional, si con ello se llegan a situaciones insostenibles desde el punto de vista sistemático, lo que atrae la atención del presente trabajo con el fin de establecer si esta unidad tanto jurídica, teleológica, como de materia resulta de la reforma-adición que hace el acto legislativo # 01 de 2005 a la carta constitucional que nos rige y que promueve la sostenibilidad financiera en el ámbito no solo normativo sino practico del sistema pensional colombiano.

Es así que cuando se trata de reformas constitucionales es evidente que esto se hace imperativo aun para quienes hacen las normas, El principal problema que vemos para desarrollar ese esquema, es la oposición de los cotizantes que conservan una actitud egoísta, por temor a que los recursos de la S.S. sean desviados por los gobiernos para otros programas, afectando las prestaciones para los derechohabientes. Sin embargo, la tendencia hacia la universalización de la Seguridad Social podría ser un efectivo argumento en favor del Sistema Nacional, es así que la reforma implantada por el acto legislativo 01 de 2005 crea una obligatoriedad al sistema normativo para que asegure los cotizantes, y pensionados cuenten con que los frutos de sus trabajos de toda una vida estén asegurados.

Así mismo, ha sido reiterado el criterio según el cual los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

JUSTIFICACIÓN

Entre las reglas de interpretación constitucional que rigen en Colombia se destaca el hecho de que toda interpretación de normas constitucionales debe basarse en el precedente aplicable. Esta regla se fundamenta en el artículo 241 de la Constitución Política. En este sentido, es evidente que en el sistema jurídico colombiano, la interpretación que realiza la Corte Constitucional, en su calidad de guardiana de la supremacía de la Constitución, es vinculante para los demás órganos del Estado, incluido el congreso.

Es de este modo que se hace necesario en el nivel concreto, el entender que del acto legislativo 01 de 2005, su interpretación ha de respetar la integridad y finalidad de la norma constitucional. Y el que La finalidad de las reglas y principios constitucionales no se definen exclusivamente a partir de si mismas, sino que se articulan a partir de otros mandatos constitucionales, que les confiere un pleno sentido.

En el entorno Surcolombiano no es muy rico en cuanto al estudio del tema del sistema pensional colombiano. El acto legislativo en comento que entró a regir el 25 - 29 de julio del 2005, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados, y los demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio, que se han transcrito; de lo establecido para las pensiones y sobre el tema no encontramos estudio en este entorno que logre hacer precisión en cuanto a lo mandado para que logremos no solo para el ámbito académico, para el profesional sino también para las personas del común, lo

que hace que el presente trabajo este dotado de gran viabilidad así como de justificación.

En el mismo sentido y teniendo en cuenta que la vejez es una etapa de necesidad, no solo de alimento sino de seguridad en gran medida, por lo que se hace necesario interesarnos en conocer las marcadas tendencias que sobre la seguridad social se vislumbran en un futuro cercano, fruto de las tendencias económicas que al país traen la globalización.

DESCRIPCION Y FORMULACION DEL PROBLEMA

En un estado moderno que evoluciona del derecho al social de derecho, nos encontramos cada vez mas con que haciendo secuencia con la globalización, es así más problemático el entender que la confianza legitima que se ha tenido por décadas en el derecho público estandarte del estado colombiano para salvaguardar los sueños y esperanzas de los colombianos que han apostado el que en su senectud serán abastecidos no solo sus necesidades básicas, sino también sus expectativas de tranquilidad sucumbe ante las ideas capitalistas de expansión.

Se hace necesario entonces evaluar los cambios y su gradualidad marcada tanto en la dinámica social colombiana como en la de la normatividad producida en la libertad política que se encuentra prostituida, permutándola por el jornalero mas infame de los canallas de mas baja condición que son encumbrados en los órganos directivos del sistema, que procuran acabar con los derechos de todos los asociados, pero como no puede la libertad ser aplastada, entonces el neoliberalismo y sus secuaces apelan al vano intento de maquillarla, es allí donde aparece la necesidad de estudiar y comprender el verdadero telos que se vislumbra en el futuro de la seguridad social en Colombia.

No es posible permanecer con la cabeza baja fruto de la ignorancia o la decidía de no querer entender que el neoliberalismo y el estado social de derecho no pueden coexistir con contemplaciones y tolerancia en el ejercicio de los derechos democráticos. Son así las manifestaciones que tenemos en el desarrollo que ha tenido la seguridad social (pensiones) desde su concreción en el año 1993 y que nos muestran los problemas que nos hacen

preguntarnos sobre ¿si actualmente asistimos a una discusión a nivel mundial sobre el futuro de la seguridad social?, ó ¿nuevos retos se han generado como resultado de la globalización de la economía y la generante competitividad?, pero ya que la meta sigue siendo la misma: que la seguridad social siga siendo la forma de protección que las personas que han confiado que sus aportes los protegerán cuando ya no sea productivos.

Por estas circunstancias que generan cierta incertidumbre planteamos el siguiente problema:

¿Es económicamente posible mantener el sistema pensional dual? o ¿el sistema pensional social colombiano sucumbirá en el capitalismo financiero? Y ¿Dónde se sitúa el derecho en la relación estructura-superestructura?

OBJETIVOS

GENERAL

- ✓ Determinar mediante el análisis del desarrollo tanto de la legislación como del dinamismo socio-político, si existe posibilidad de que la seguridad social como la conocemos actualmente se mantenga vigente en Colombia

ESPECIFICOS:

- ✓ Establecer que tipo de consecuencias produjeron las reformas pensionales en Colombia.
- ✓ Verificar que efectos tuvo la implementación del régimen de prima media en la política fiscal del país.
- ✓ Analizar el régimen de ahorro individual y establecer si través de este sistema se ha obtenido algún tipo de beneficio.
- ✓ Indagar si las sentencias de la corte constitucional han permitido mitigar la inequitativa distribución de recursos y de reivindicar a los sectores más desprotegidos económicamente.

METODOLOGIA

Teniendo en cuenta la problemática a abordar, se considera que el enfoque epistemológico más conveniente para desarrollar la presente investigación es el de carácter analítico - descriptivo, puesto que comprenderá el análisis e interpretación de datos históricos, bibliográficas y legales a demás de documentos contentivos de los fallos de la Corte Constitucional.

a) Enfoque de la investigación: cualitativo

De la forma como se ha planteado la problemática y los objetivos del proyecto sobre la viabilidad de la seguridad social como la conocemos actualmente se hace necesario determinar un enfoque investigativo apropiado que conlleve al éxito del trabajo. Se considera que el enfoque más conveniente es el cualitativo, puesto que lo que se pretende es estudiar y aproximarnos tanto a la historia como a la actual situación de la seguridad social, para posteriormente cualificar desde una perspectiva critica si realmente existe viabilidad en el régimen dual actual desde el punto de vista de sus cualidades.

b) Tipo de investigación: Descriptiva-Explicativa

Las investigaciones descriptivas procuran determinar cuál es la situación dentro de un fenómeno determinado, ver lo que hay, describirlo tal cual es el asunto o condición. Las investigaciones descriptivas buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades, sociedades o conjuntos jurídicos (caso de esta investigación) que sean sometidos a

análisis. A través de este tipo de estudio, se pretende medir o evaluar diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es, en un estudio descriptivo seleccionar una serie de cuestiones con puntos en común para medirlas cada una de ellas independientemente. El proyecto propuesto se encuadra en un estudio descriptivo-explicativo ya que se centrará en descubrir y evaluar la eficacia que actualmente tienen la seguridad social en el régimen dual como la conocemos. Para lograr lo anterior lo haré mediante los siguientes pasos:

- ✓ Se realizará una revisión bibliográfica para estudiar el tema de la seguridad social (pensiones) en Colombia, su implementación, análisis y evaluación a demás de sus implicaciones económicas.
- ✓ Seguidamente se hará una revisión de los fallos proferidos por la Corte constitucional que tratan sobre reformas pensionales entre los años 1993 y 2005 buscando establecer en aquellos los pasos que en ese sentido se dieron.

MARCO TEORICO CONCEPTUAL O DE REFERENCIA

La tendencia común es a creer que una concepción integral de la seguridad social dentro de este contexto socioeconómico de globalización con sus implicaciones políticas, debe referirse a la tendencia reformista de la seguridad social mundial, realmente no son muchos, pero tampoco nulos los debates que sobre el tema se han hecho en Colombia y en el departamento del Huila. Es natural que con la diversidad de posturas personales encontremos la mayoría de las ocasiones en las manifestaciones, aun más dentro del medio académico y doctrinal algunas que concluyen polarizándose unos defendiendo al sistema y otros como detractores del mismo.

Es así que bajo este contexto nos encontramos desde los mismos debates de la ley 100 de 1993 que fue pensada como desarrollo de políticas de corte social, pero que el tiempo nos dio la razón al pensar qué solo se hizo con la intención de ser estrategia de choque para atenuar la realidad fiscal del país en ese entonces.

JOSÉ ANTONIO OCAMPO, en su libro “reforma del estado y desarrollo social en Colombia”

Nos centra en que en América latina a comienzos de la década de 1990 se generan cambios en los sistemas pensionales que buscaban mejorar su eficiencia, generar mayor cobertura y aumentar la confianza en que se pudiera sostener, inspirados en recomendaciones como las del Banco Mundial, pero que debido a las condiciones especiales de nuestro país como lo son las políticas y sociales enmarcaron el carácter coyuntural estructural propio dentro del modelo de financiamiento.

Carmelo Mesa Lago en su informe para la CEPAL "*Financiamiento del desarrollo*"

Quien en el informe da cuenta de que en cuanto a pensiones debido al momento social que se vivía en Colombia no se implementó por completo el régimen pensional que se dio en Chile, sino que se dio uno dual, uno que transforma el sistema público existente o de reparto con claras muestras de transformaciones institucionales que dan entrada a la participación privada y otro de búsqueda de fortalecimiento financiero del sistema de ahorro individual mediante ajustes de variables meramente contractuales.

Más recientemente la UNINORTE, con el Dr. Rafael Rodríguez Mesa

Nos da una explicación con base en un análisis crítico del desarrollo e implementación del sistema de seguridad social (pensiones) colombiano y las nuevas instituciones que se han creado como consecuencia de la implementación del modelo económico neoliberal en el país, y llevándonos por el camino de los principios fundamentales, dándonos una aproximación a la teoría de los riesgos sociales donde según nos muestra algunas prerrogativas sociales estarían supeditadas a las políticas que en materia fiscal se implementen.

De esta manera y en aras de contribuir al análisis del desarrollo del sistema pensional colombiano se enuncia la existencia también de un gran aporte jurisprudencial que las altas cortes le han dado a las instituciones que integran el sistema de seguridad social en Colombia, enunciando las sentencias donde se incluyen los principales aportes de las providencias proferidas en este campo por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

HIPÓTESIS

La predica de la técnica y uso del poder que propone el vinculo entre economía y derecho como “objetivo” y que no muestra sino el mas grande deseo de que las leyes de la ganancia imperen sobre los derechos de las personas, y teniendo en cuenta que, en el mismo orden de ideas debemos entender la intima relación con las relaciones productivas, y aceptar que la comprensión del derecho está relacionada íntimamente con las relaciones productivas, y que fuera de su orbita no es posible entender al derecho como herramienta de encubrimiento, del derecho como lucha para hallar la legitimación del poder, pero tampoco como vía, freno, contra poder y arma de lucha. en el mismo sentido resulta obvio el hecho de ¿Qué no reconocer la pugna abierta en este tiempo de aperturas emergentes entre los poderes que brinda el capital y los poderes democráticos es al mismo tiempo una disputa entre los principios proporcionalizadores del derecho?, es de resorte de la gran transformación que en el mundo se observa esta vertiente del derecho que se dio a si mismo el nombre de social, y que muy asociado en el tema en comento tuvo como base la noción de seguridad social; y que hablando de Colombia dicha particularidad localmente coincidió con la promulgación de una constitución que aunque poco tarde consagro en los colombianos la noción de “Estado Social de derecho”.

Dentro de este naciente nuevo cimiento se generan también nuevos debates sobre la exigibilidad de los derechos tanto económicos como los sociales, sin embargo la atención central del presente escrito esta demarcada en los derechos pensionales y si tenemos en cuenta la realidad actual esta no hace mas que confirmar la noción según la cual en la medida en que cada vez mas se ha logrado positivizar normas, esta realidad terminara por desnaturalizarse en realidad capitalista de inequidad.

Es por esto que bien cabria la idea de si es posible que:

- i. La transición del llamado “modelo de repartir” a uno de “capitalización individual” ¿es simplemente una variante de corte meramente técnica, ya que claramente se abandonan los principio tradicionales de la solidaridad, la universalidad y la integralidad?
- ii. El paso del llamado “modelo de reparto” a uno de “capitalización individual” no es una simple variante técnica, ¿ha sido derrumbando de esta manera de la noción de seguridad social que se consideraba en el siglo pasado de suma importancia y que mereció el tener explicita referencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos?

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	ii
INTRODUCCION.....	lii
JUSTIFICACIÓN.....	Vii
DESCRIPCION Y FORMULACION DEL PROBLEMA.....	ix
OBJETIVOS.....	xi
METODOLOGIA.....	Xii
MARCO TEORICO CONCEPTUAL O DE REFERENCIA.....	xiv
HIPÓTESIS.....	xvi

CAPITULO 1

APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA

	Pág.
1. MARCO CONSTITUCIONAL.....	2

CAPITULO 2

NACIMIENTO Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.	Génesis social de la seguridad social en nuestro país	11
2.1	Génesis social de la seguridad social en nuestro país	11
2.2	Hitos normativos a raíz de la industrialización De los 30s....	15
2.3	Nacimiento del instituto de seguros sociales.....	16
2.4	Primeras pensiones del ISS por invalidez, Vejez y muerte...	17
2.5	Periodo normativo de 1945 a 1991.....	19

CAPITULO 3

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA

3.	Promulgación de la ley 100 de 1993.....	24
3.1	Prima media con prestación definida.....	27
3.1.1	Características de la prima media.....	28
3.1.2	Pensión de vejez en el régimen de Prima media.....	29
3.1.3	Régimen de transición.....	32
3.1.4	Bonos pensionales.....	33
3.1.5	Pensión de invalidez por riesgo común.....	34
3.1.5	Pensión de sobrevivientes.....	35
3.2	Régimen de ahorro individual con solidaridad.....	36

3.2.1	Esquema o régimen legal de las Administradoras de fondos De pensión.....	37
3.2.1.1	Naturaleza Jurídica.....	37
3.2.1.2	Constitución.....	38
3.2.1.2.1	Requisitos previos a su Constitución.....	38
3.2.1.2.2	Constitución propiamente dicha.....	39
3.2.2	Comentarios sobre las regulaciones que cobijan a las Inversiones de las ASFP.....	39

CAPITULO 4

PASADO Y PRESENTE PENSIONAL EN COLOMBIA

4.	¿SE JUSTIFICA UNA REFORMA PENSIONAL?.....	45
4.1	Tendencia de Inviabilidad Financiera del Régimen anterior.	45
4.2	Problemas Debido a la Baja Cobertura.....	46
4.3	Respecto de la Ineficiencia y la Inequidad.....	48
4.4	Llega La Reforma Pensional Ley 797 de 2003.....	49

CAPITULO 5

EL RESPETO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DENTRO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

5.	ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.....	57
5.1	Análisis del Acto Legislativo No. 01 de 2005.....	61
5.1.1	Acto legislativo desde el punto de vista de las garantías del Estado al sistema de pensiones.....	61
5.2	Reglas Sobre Derecho a la Pensión.....	64
5.3	Regímenes Exceptuados y Especiales.....	69
5.3.1	Exceptuados.....	69
5.3.2	Especiales.....	70
5.3.2.1	Régimen de pensión para Servidores públicos que laboran En Actividades de alto riesgo.....	70
5.3.2.2	Régimen de pensión para trabajadores en actividades de Alto riesgo para la salud.....	71
5.3.2.3	Régimen de pensión para los aviadores civiles.....	72
5.3.2.4	Régimen de pensión para los periodistas.....	73
5.3.2.5	Régimen de pensión de los servidores departamentales o Municipales.....	74
5.3.2.6	Régimen de pensión de los deportistas destacados.....	74
5.3.2.7	Régimen de pensión de los congresistas y del fondo de Previsión social del congreso.....	75

5.3.2.8	Régimen de pensión de ex Presidentes de la República.....	77
5.3.2.9	Régimen de pensión de magistrados de las altas cortes.....	79
5.3.2.10	Régimen de pensión para desmovilizados.....	80
5.3.3	Tendencias Unificadoras y Extinción futura de los Regímenes Pensionales Especiales.....	80
5.4	Los Requisitos de las Pensiones son Solamente los Legales	84
5.4.1	Por Pacto, Convención o Laudo.....	84
5.4.2	Tiempo de los acuerdos.....	85
5.4.3	Las conciliaciones en materia de derechos concernientes a La seguridad social.....	86
5.5	Revisión de Pensiones sin Requisitos.....	86
5.6	El Régimen de Transición Pensional.....	87
5.6.1	Que es el régimen de Transición.....	88
5.6.2	Derechos Adquiridos en cuento a pensiones.....	89
5.6.3	Que se Necesita Para Ser Sujeto de Transición.....	91
5.6.4	Como Regulo la Transición la Ley 100 de 1993.....	93
5.6.4.1	Las Reglas del Régimen de Transición.....	93
5.6.4.1.1	Primera regla: Los requisitos generales de la pensión.....	93
5.6.4.1.1.1	El Régimen Anterior de los Trabajadores Particulares No Afiliados al Seguro Social.....	94
5.6.4.1.1.2	El régimen anterior del Seguro Social.....	95
5.6.4.1.1.3	El régimen anterior del sector público.....	95
5.6.4.1.1.4	El régimen anterior por aplicación de la Ley 71 de 1988.....	96
5.6.4.1.1.5	Otros regímenes anteriores del sector público.....	96
5.6.4.1.2	Segunda regla: El ingreso base para liquidar la pensión.....	96
5.6.4.1.2.1	Tesis del Consejo de Estado.....	97
5.6.4.1.2.2	Tesis de la Corte Suprema de Justicia.....	99
5.6.4.1.2.3	Otros aspectos.....	99
5.6.4.1.3	Tercera regla: Las demás condiciones y requisitos de la	

	Pensión.....	101
5.6.4.2	Entidad responsable del reconocimiento de la pensión	
	En el régimen de transición.....	101
5.6.4.3	Caso especial de las entidades públicas afiliadas al Seguro Social.....	102
5.6.5	Que Ocurrió con este Tema en el Acto Legislativo.....	106
5.6.5.1	Primer momento, la Ley 797 y su inconstitucionalidad.....	108
5.6.5.2	Segundo momento, la ley 860 y su inconstitucionalidad.....	110
5.6.5.3	Tercer momento, el acto legislativo 01 de 2005.....	113

CAPITULO 6

DERECHO, ECONOMÍA Y PENSIONES

6.	VIABILIDAD DE LAS TENDENCIAS SOCIOECONÓMICAS Y FISCALES.....	116
6.1	Acercamiento a la Conexión Entre Economía y Derecho.....	116
6.2	Impactos Económicos.....	119
6.2.1	Hablemos del ahorro.....	119
6.2.3	El Costo Fiscal.....	126
6.2.3.1	El ciclo económico actual de la política fiscal.....	129
6.3	Proyecciones Pensionales.....	130
6.3.1	El Ejercicio o Proyección de Lora y Helmsdorff.....	131

6.3.2	<i>El Ejercicio o Proyección de Schmidt-Hebbel.....</i>	134
6.3.3	El Ejercicio o Proyección del ISS.....	135
CONCLUSIONES.....		139
REFERENCIAS.....		149

**APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA**

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Dentro del estudio del derecho constitucional encontramos con que esta nos centra en la normativa y pilares básicos que darán sustento a nuestra nación. Y esta expresión se ve necesariamente reflejada en el texto constitucional de cada estado, como aquella norma fundamental que dará a sus habitantes una unidad en lo jurídico, político y social, con lo que nos referimos a establecer una protección de prerrogativas mínimas, esenciales y fundamentales para la vida humana en dignidad.

Dentro del presente trabajo y haciendo referencia a la aproximación constitucional que tiene la seguridad social en Colombia, tenemos que hacer mención a prerrogativas de carácter internacional y que tienen cabida dentro de nuestra constitución por el llamado bloque de constitucionalidad, del mismo que desde la Declaración de los Derechos Humanos y en apego también al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros convenios y tratados internacionales, proclaman a la seguridad social como un derecho que toda persona debe tener y que todo Estado debe garantizar y proteger.

Bajo este esquema resulta claro que los Estados modernos han tenido en cuenta el elemento de la seguridad social, para dejarlo plasmado en sus constituciones y han dado prioridad a la seguridad social, ya que en este sentido es un medio para la consecución de los fines propios de el Estado, que para nuestro caso se encuentran plasmados en el artículo dos (2) de la Constitución Política de Colombia. Es natural entender que la preponderancia de la seguridad social radica en que dentro de ella se

contienen aspectos indispensables para la vida humana y por ende, tiene una conexión lógica con el mantenimiento y garantía de los derechos fundamentales.

En el marco de la constitución de 1991 y en su artículo 1º *“Colombia es un Estado social de derecho (...), fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés genera”*. Y en cuanto a los fines del estado antes mencionado tenemos que el artículo 2º *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en a Constitución (...).”*

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, de acuerdo con lo anterior y haciendo que confluyan en al principio preponderante de la dignidad de la persona, tendremos así un punto de fusión en el que la seguridad jurídica que debe proporcionar la legalidad se debe aunar a la efectividad de los derechos humanos que se desprenden del concepto social, es decir, que el respeto por los derechos humanos por un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal por el otro lado, deben constituir en consecuencia practica la filosofía del Estado Social de Derecho.

“En este sentido debemos entender que el concepto de Estado Social de Derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: Legalidad, Independencia y la colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado” (Pérez, 1997).

Al estar determinado Colombia como un Estado Social de Derecho, esta dentro de sí el deber de cumplir con unos fines que tiendan a satisfacer las necesidades mínimas de sus asociados y algo muy importante es que los principios de solidaridad y respeto por la dignidad humana son primordiales, de tal forma que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de las personas si se tiene al individuo como un fin y no como un medio. Además el artículo 64 Constitucional dispone como “*deber del Estado el promover el acceso a la educación, salud, vivienda y seguridad social (...).*”

La seguridad social “busca cubrir todo riesgo contra la imposibilidad total o parcial de producir, y por esto se le considera como una garantía para la subsistencia del individuo y de su familia, como un recurso contra el desamparado total o parcial” (Naranjo, 1995).

En cuanto a la seguridad social no podríamos negar su estrecha relación con el artículo trece (13) constitucional que consagra el derecho a la igualdad:

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.

Con lo que podemos inferir que todos los habitantes tienen el derecho sin importar su raza, estratificación social y económica, a que sus necesidades inherentes a seguridad social le sean cubiertas y protegidas propugnando así por una vida en dignidad. Sin lugar a dudas el artículo constitucional más explícito e importante sobre el tema de estudio y que sigue los lineamientos del Estado Social de Derecho es el artículo 48 que consagra el derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Debemos para este momento poder determinar lo que realmente es el derecho a la seguridad social, que en general significa *“la facultad que tienen las personas de exigir del Estado que las proteja contra los riesgos a su libertad personal, a su producción económica y a su bienestar social, siendo el riesgo. Todo hecho cierto o simplemente posible, cuya realización produce la pérdida total o parcial de la libertad individual, de los medios de ingreso económico y del bienestar social”*. (Pérez, 1997)

Dentro de los parámetros de un Estado Social de Derecho, lo entendido dentro del concepto de seguridad social o su búsqueda es una redistribución del ingreso, para que todos, incluyendo a los menos favorecidos tenga sus necesidades básicas cubiertas frente a cualquier contingencia y más aún cuando yo no se sea productivo.

Es también claro el estatus de servicio público que la constitución le dá a la seguridad social y que se encuentra preceptuado en el artículo 49 superior, por lo que es entonces una obligación del Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios y la garantía a su acceso a todas las personas. La seguridad social es un servicio público ya que *“es una actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo von un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”* (Pérez, 1997)

El papel del Estado dentro de la salvaguarda del derecho a la seguridad social que tienen las personas tiene obligaciones, de rango constitucional preceptuadas también en el capítulo quinto de nuestra carta superior en lo que atañe a la FINALIDAD DEL ESTADO Y DES LOS

SERVICIOS PÚBLICOS. Donde en su artículo 365 “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...)*”, queda claro también el hecho de que dentro de los fines estatales se encuentran el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, así como telos fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas; de lo anterior se desprende la necesidad de que en cuanto se trata de la satisfacción de las necesidades de los asociados esta en cabeza Estatal el hecho de mantener las prioridades del gasto público sobre cualquier otra asignación tal como lo preceptúa el artículo 366 superior “*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación*”.

A manera de ratificación sobre la prevalencia de lo social, tenemos que el artículo 350 constitucional determina el que “*La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación*”.

En la distribución territorial del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley (...).”

Haciendo énfasis en que como la seguridad social es un servicio público, tiene el estado radicado dentro de sus deberes el intervenir tal como así lo indica el artículo 334 superior, *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley (...), en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, (...).*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.”

Se hace necesario aclarar el que dentro de la intervención estatal se tienen los siguientes fines: (Pérez, 1997)

- ✓ Garantizar la observancia de los principios consagrados en la constitución y en la ley.
- ✓ Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia.
- ✓ Desarrollar la dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social y la reglamentación de la prestación de este servicio público.
- ✓ Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social.
- ✓ Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria en los términos que señale la ley.

- ✓ Evitar que los recursos destinados a la seguridad social se destinen a fines diferentes.
- ✓ Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de la Seguridad Social, como parte fundamental del gasto público social.

Con lo estudiado hasta este punto nos queda más que clara la gran importancia desde el punto de vista, así como el desarrollo constitucional que tiene hasta antes del acto legislativo No. 01 de 2005 la Seguridad Social, porque además de consagrarse como un derecho y como un servicio público tiene estrecha relación con otros derechos fundamentales y es por esto, que se impone la obligación estatal de intervenir tanto en la coordinación, control y dirección para garantizar su prestación y su acceso a todos sus asociados dentro de los principios de eficacia, solidaridad y universalidad.

**NACIMIENTO Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

2.1 GÉNESIS SOCIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN NUESTRO PAÍS

Las ideas más contemporáneas sobre política social determinada como de plena responsabilidad del Estado, tuvieron su origen en acercamiento y entendimiento por parte de los Estados Liberales de la necesidad de extender la educación, servicios en salud, etc. Y verlos como servicios sociales que eran propios al progreso de las sociedades, a este reconocimiento se agregó desde fines del siglo XIX, las ideas Bismarckianas sobre la Seguridad Social y el nacimiento de movimientos obreros que a veces directamente, o en ocasiones a través de expresiones políticas, que lograron demandar no solo que se desarrollaran legislaciones protectoras y promotoras del trabajo, sino que también lo hicieron extensivo a sistemas integrales de política social.

Si tuviéramos una escala tendríamos a la previsión sobre la asistencia como mecanismo lógico de protección de las necesidades sociales, nos sería fácil identificarlo como superior ya que nos coloca en el supuesto de que para atender no solo las contingencias sino también las necesidades o insuficiencias previsibles se debe disponer previamente de lo necesario para subsanar o atender las posibles necesidades sociales.

Fueron estas ideas extendiéndose gradualmente en los países industrializados a lo largo del siglo XX, de la mano del estado bienestar, correlativamente a estos movimientos y logros se dan necesidades de expansión en cuanto al tamaño de los Estados y consecuentemente de los recursos propios para financiarlos. A nuestro continente estas tendencias si bien llegaron para momento histórico, sus expresiones fueron muy limitadas, los primeros avances solo tuvieron cabida en países de sur

América y costa rica; llegaron como reflejo de un progreso económico también temprano durante algunos momentos de la historia de dichos países, pero lo fueron de cara a un desarrollo del compromiso social por parte de cada Estado.

Sin embargo en Colombia podemos establecer algunos antecedentes de la notable importancia que para los inicios de la seguridad social en nuestro país se tuvieron desde los orígenes de la vida republicana el mismo Simón Bolívar hizo el primer enunciado con respecto a la seguridad social en Colombia cuando en el congreso de angostura celebrado en 1819 dijo “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.(Henaó, 1996) Lo que encontramos en nuestra realidad actual es que lamentablemente en el examen histórico de todo lo expresado en dicho congreso pone de manifiesto que, la concepción del libertador en cuanto a la seguridad social concierne no tuvo un desarrollo práctico no solo en las leyes sino en las instituciones creadas para tal fin.

Si de alguna manera nos permitiéramos hacer un juicio histórico con base en estos antecedentes deberíamos decir que en cuanto al anhelo del padre de la patria sobre la seguridad social podría decirse que no solo se limitaba a procurar tal protección con la que podían proporcionar las armas, es decir, para ese entonces una protección meramente militar, lastimosamente “la única concebible para su tiempo”.(Goñi, 1950)

Lo que también cabe precisar es que estos primeros pasos en la etapa inicial de nuestra república en cuanto a la seguridad social sólo beneficiaban a los estamentos castrenses. Cabe mencionar en este punto

los Montepíos militares, que fueron copiadas de las creadas en España para proteger a los huérfanos y viudas de los militares que con el pasar de los años se extendió a casos de invalidez, vejes y muerte. Tales instituciones se crearon con los descuentos que se hacían a los sueldos o salarios del personal militar y que estuvieron vigentes hasta 1827, cuando se decreto que ya no se efectuaran dichas contribuciones.

Durante las guerras de independencia y los conflictos internos y por el clamor debido a la desprotección de los militares es que en 1843 se vuelve a la institución de los Montepíos, pero luego viene una larga etapa en al que ésta se suprimía y se volvía a establecer. (Como se puede ver en las leyes 131 de 1913, 22 de 1916 y 48 de 1917) lo cual en dicho momento histórico sirve como antecedente para la proyección de organismos con bases mas solidas y con fuentes gubernamentales de financiación, que luego viene a materializarse como la Caja de Sueldos de Retiros de las Fuerzas Militares creada por la ley 75 de 1925, la cual, aún a la fecha continua atendiendo las prestaciones económicas de las fuerzas militares.

En cuanto al sector civil, muy poco fue lo establecido en estos momentos históricos en cuanto a seguridad social, salvo algunas previsiones a favor de los empleados públicos. Y en cuanto a los particulares era aún menos lo establecido que pudiera beneficiarlos en este campo. Lo que nos asiste para mencionar que en los comienzos de la vida institucional de país no existió un verdadero régimen de seguridad social ni, por ende, un sistema pensional que realmente asistiera y atendiera a los republicanos en momentos de invalidez o en estado de vejez.

Es de anotar que las primeras pensiones o recompensas, ocasionales o de carácter vitalicio, que alcanzaron a otorgarse a los servidores públicos eran reconocidas por el Congreso de la República o por la Corte Suprema de Justicia, generalmente como una gracia del Estado (recordando las generosidades de los monarcas a sus súbditos) y no como reconocimiento de un verdadero derecho de quien había prestado sus servicios a la Nación durante sus años productivos. (Gonzales, 1966)

Así como quedo evidenciado el que posteriormente otras dependencias oficiales se ocuparon del trámite pero en ausencia de un estatuto o protocolo que lograra regular de orden general la prestación pensional y el que esta se haga con exigencia de requisitos iguales o equivalentes para todos los que hubiesen prestado sus servicios al Estado o en cualquiera de sus distintas entidades.

También por este periodo de inicios de siglo XIX nos encontramos con regulaciones mas concretas para las pensiones del poder judicial, para el magisterio y obviamente para el estamento militar, a manera de ejemplo es de mencionar lo establecido en las leyes 29 de 1905 a favor de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y 29 de 1912 que consagro las pensión para las viudas de los ciudadanos que hubiesen desempeñado la Presidencia de la República y en su defecto a sus hijas solteras, siempre con sujeción a los requisitos estipulados en las respectivas reglamentaciones legales. Es de contrasentido la situación de los trabajadores del sector privado ya que en el ámbito asistencial como el pensional y salvo disposiciones aisladas o mejor no propias de sistema alguno como lo fueron pensiones establecidas en virtud de pactos sindicales, convenciones colectivas o reglamentos internos de las empresas

prácticamente era poco o nada lo que se encontraba como norma o medida de protección en estos aspectos.

2.2 HITOS NORMATIVOS A RAÍZ DE LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LOS 30s.

En inicios de la década de 1930 y coetáneamente con los graves desajustes económicos tenidos para este momento histórico a nivel mundial denominado la gran depresión de los 30's, es que se empieza a hablar en el país del para entonces denominado problema social planteado por los cambios que se registraron para entonces en la vida nacional, y como consecuencia de los comienzos de la industrialización, el crecimiento de los servicios públicos, las cuestiones agrarias, la afluencia cada vez mayor de las personas del campo a alas ciudades, etc. Fueron entre otras as situaciones que colocaron de presente a la clase trabajadora y los comienzos de su lucha tendiente a mejores reivindicaciones sociales y pensionales tal y como se estaba atendiendo en el resto del mundo.

Particularmente y durante la administración del presidente Alfonso López Pumarejo y que empezó a regir los destinos del país a partir de 1934 fue cuando se impulso una serie de innovaciones de creación legal en beneficio de la clase trabajadora, cuyas primeras implementaciones fueron plasmadas en defensa del ingreso laboral mediante la creación de las prestaciones sociales que suplieran o complementaran las bajas asignaciones salariales, bien directamente por vía legislativa, ya como producto de la contrataciones colectiva impulsada oficialmente, como por la afirmación de algunos de los principios de la seguridad social, por lo cual, "se actualizaban y modernizaban las leyes de base inobjetable pero de desarrollo insuficiente para la época" (Gonzales, 1966)

Existieron múltiples intentos sobre seguridad social para registrar, como lo atestiguan los distintos proyectos encaminados a crear entes de protección como los relacionados con la creación de la Caja de Ahorro y Previsión Social, que alcanzó a nacer a la vida jurídica mediante la ley 66 de 1936, pero que fue suspendida por la ley 199 de mismo año y finalmente desmontada en forma definitiva por la ley 54 de 1937. Igual suerte el proyecto dirigido a crear la Caja de Seguros Sociales, que contemplaba la cobertura familiar en los servicios asistenciales, el cual luego de aprobado por el parlamento la cual no fue sancionado por el presidente de turno, Dr. Eduardo Santos.

Es de notar que como frutos prácticos de los múltiples intentos de regulación social durante este periodo, se pueden destacar los logros alcanzados y plasmados en las leyes 133 de 1931 que se pronunciaba sobre el seguro de vida colectivo y la 10 de 1934 que lo hacía sobre el auxilio de cesantía.

2.3 NACIMIENTO DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS

Ya en su implementación en Colombia propiamente dicho como sistema pensional encontró sus orígenes en la ley 6ª de 1945, la cual, junto con sus decretos reglamentarios, así aparecieron, en primer lugar, la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) y posteriormente un sinnúmero de fondos y cajas de previsión tanto para los trabajadores de la administración central como para los de las administraciones departamentales y municipales. A demás, en distintas entidades del sector público se crearon fondos, exclusivamente con aportes oficiales, con la única destinación que la de atender los pagos de las pensiones de quienes acreditaran el cumplimiento de los requisitos

establecidos para el reconocimiento de la pensión oficial o de la pensión obtenida con arreglo a las exigencias mas favorables de los reglamento o convenciones de cada organismo.

En el año 1946 a tan solo un año de la promulgación de la mencionada ley 6ª se dicta la ley 90 de 1946 por medio de la cual se creo el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales para atender el cubrimiento de las prestaciones y requerimientos de la seguridad social de los trabajadores del sector privado y de los trabajadores oficiales de algunos organismos estatales.

2.4 PRIMERAS PENSIONES DEL ISS POR INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE

Para este entonces, y según las disposiciones orgánicas del recién creado Instituto Colombiano del Seguro Social preceptuaron que las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte empezarían a hacerse efectivas a partir del 1º de enero de 1967. En consecuencia el pago de estas prestaciones continuaba a cargo e los patronos mientras el ICSS asumiría totalmente la obligación correspondiente; este estadio intermedio dio lugar a que en el caso de las pensiones reconocidas por entidades oficiales cuyos trabajadores oficiales estaban afiliados al seguro social fuera asumida por dichas entidades hasta el momento en que por acto administrativo al trabajador le fuera reconocida por el seguro social la prestación equivalente, y quedando a cargo de tal entidad oficial la diferencia, si la hubiere, entre el monto de la pensión oficial y el monto reconocido por el seguro social conforme a sus reglamentos.

Bajo este contexto debería haber entrado en vigencia un régimen pensional al cual estaban llamados a hacer aportes, el Estado, los empleadores y los trabajadores. Dicho régimen estaba previsto como un sistema de prima media escalonado cuya estructura y financiación deberían operar como un seguro colectivo; adicionalmente se pretendía que el sistema fuera escalonado por cuanto las cotizaciones deberían reajustarse en forma periódica.

El sistema preveía que con las cotizaciones del estado, los empleadores y los trabajadores se conformaría un gran fondo del cual se haría uso en el futuro para hacer pago las asignaciones a las que la personas que fueran obteniendo el derecho una vez ostentaran la calidad de pensionados. De este modo existiría una especie de solidaridad internacional, por cuanto los trabajadores activos y sus empleadores, financiarían conjuntamente con el Estado las pensiones de quienes posteriormente adquirieran tal estatus. Así las cosas debería alcanzarse un balance entre los dineros que entraban al fondo por cotizaciones y los dineros que salían de este por pago de asignaciones pensionales; de igual forma e sistema debía, si era escalonado generar reservas, pero esta situación esperada o prospectada en la practica no se llevo a cumplir, por cuanto la cotizaciones no se llegaron a incrementar según lo calculado y el Estado en el año de 1972 se libero mediante decreto de su participación quedando entonces en situación deficitaria la financiación de las pensiones, por lo anterior cabria en este punto concluir que en Colombia no se tuvo para esta época un sistema de prima media sino un sistema de reparto simple.¹

¹ El régimen llamado de “prima media” se fue convirtiendo de hecho en un régimen de “reparto simple”, es decir, con el mismo sistema de financiación pero que no genera reservas, debido a que existen muchas dificultades políticas que impiden aumentar periódicamente las cotizaciones. En síntesis, hay “reparto simple” cuando el sistema va gastando todos los recursos que ingresan. (Gerardo Arena Monsalve, una introducción al nuevo régimen pensional.)

Es necesario por otra parte destacar que la existencia de diferentes instituciones encargadas de sufragar las asignaciones pensionales de los trabajadores en Colombia, así como, cajas de previsión y fondos de pensiones junto con el Instituto Colombiano del Seguro Social, mas la ausencia de una legislación unificada en materia pensional, ocasionó, a su vez, la coexistencias de diferentes regulaciones pensionales, las cuales otorgaban beneficios disimiles a su afiliados (generalmente mas generosos en promedio, así como en la mayoría de los casos consagrados y otorgados con exigencia de requisitos de edad y tiempo de servicios mas favorables que los exigidos por la ley), situación que llevo al sistema a un desequilibrio financiero, toda vez que existía una muy débil relación entre las cotizaciones y los beneficios pensionales que eran otorgados.

A todo lo anterior debe agregarse que la cobertura pensional era muy baja en relación con la fuerza laboral, lo cual daba lugar a que solo un grupo de trabajadores muy reducido frente a los índices de la población colombiana contasen con el verdadero privilegio de poder disfrutar de las pensiones de jubilación o vejez.

2.5 PERIODO NORMATIVO DE 1945 A 1991 EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Se debe decir que la legislación en materia pensional desde la entrada en vigencia de la ley 6 de 1945 hasta el momento de llegada de la reforma constitucional de 1991, fue ciertamente numerosa.

Es de notable necesidad mencionar en orden cronológico y a modo particular las siguientes normas o disposiciones:

- i. El decreto 2324 de 1948, por el cual se dictaron disposiciones sobre el seguro social y se puso en marcha el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
- ii. La ley 171 de 1961, que fue en la que se estableció la pensión sanción.
- iii. Los decretos 433 y 435 de 197, que se dicta en medio de una desorganización del Instituto de los Seguros Sociales imparte medidas con objeto de que se logre en el una reorganización, y además se dictaron normas sobre pensiones que cobijaban al sector privado:
- iv. Ley 4ª de 1966, sobre aumento a las pensiones oficiales.
- v. Ley 10 de 1972, que con la que se ordenan modificaciones a los decretos 433 y 435 de 1971 antes mencionados.
- vi. Ley 4ª de 1976, en la que se trato de unificar criterios sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado.
- vii. Ley 33 de 1985, norma mediante la cual se tomaron medidas en relación con las prestaciones sociales para el sector público y se dictan otras disposiciones que cobijan a las cajas de previsión.
- viii. Ley 71 de 19788, en la que nuevamente se intenta regular el tema de las pensiones a que los colombianos llegasen a obtener.
- ix. Decreto 758 de 1990, Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios.

Llega el año 1991, y llega con el un punto notable en el tiempo de la seguridad social en Colombia y en la que esta fue elevada a categoría de norma constitucional. Sobre el particular el artículo 48 constitucional preceptuó lo siguiente:

“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliara progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad a la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos destinados a la seguridad social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

Es posible inferir de la lectura del anterior artículo de la constitución de 1991, la consagración en la propia carta de los distintos principios constitucionales que dan base a la seguridad social en Colombia, dentro de los cuales es de notable importancia el mencionar que la seguridad en Colombia sea consagrada como un servicio público de carácter obligatorio, por lo cual, según una lectura detenida le crea una obligación al Estado y lo obliga a participar en su financiación además que le da una flexibilidad necesaria para la prestación directa, mixta o delegada del servicio.(Díaz 1992). De esta consagración de la seguridad social como servicio público que hace el artículo 48 superior puede decirse además, que para la prestación de este servicio se faculta a los particulares a que lo presten, resulta claro, que bajo la dirección, coordinación y control del Estado colombiano.

En ese mismo sentido es de notable importancia mencionar en ese momento que si bien la seguridad social en el cuerpo de la carta superior no quedo consagrado de manera expresa y general como derecho fundamental, la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha sostenido que *“el derecho a la seguridad social, asume el carácter de derecho fundamental, cuando su desconocimiento implica violación o detrimento de otros derechos y principios fundamentales, como la vida, la integridad física, el libre desarrollo a la personalidad de las personas de la tercera edad, la dignidad humana y los mínimos vitales”*.(Corte Constitucional 1993-1994, T-426, T-427, T-491, T-534, T-571, de 1992, T-011, T-116, T-124, T-356, T-111 de 1994.).

La consagración de los anteriores principios dio lugar, al estudio y preparación de una regulación legal que unificara y compendiará toda la regulación existente en materia de pensiones en un solo cuerpo, lo cual se tradujo en la elaboración y posterior promulgación de la ley 100 de 1993.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA

3. PROMULGACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993

Para este momento debemos entender que en Colombia, al iniciar la década de los noventa, el servicio de seguridad social se encontraba limitado a la quinta parte de la población según información de la oficina de planeación e informática, (Planeación, 1999). Y su prestación se encontraba limitada por lo que se encontraba a cargo de múltiples entidades que mantenían cada una el monopolio de manejo sobre grupos poblacionales particulares y, con ello, generaban una fragmentación social en materia de solidaridad, eficiencia y calidad.

Nos encontramos también que por esta época, también se formuló el artículo 48 de la constitución, en el cual, se consagran algunos principios de la seguridad social clásica, tales como la solidaridad y la universalidad; se supera el concepto de asistencia pública y se introducen, además, elementos del pensamiento económico neoliberal, como la búsqueda de la eficiencia claro, en términos de rentabilidad financiera, con estos fundamentos se establece un “nuevo” sistema pensional, consignado en la Ley 100 de 1993, que forma parte del fenómeno conocido como “la mundialización financiera”² que pone en funcionamiento el negocio financiero de los fondos privados de pensiones en Colombia.

Y es durante esta clara muestra de tendencia neoliberal que de esa forma, se confecciona la Ley 100 de 1993 dio origen a un sistema pensional que, en su momento de creación fue una especie de copia del modelo de seguridad social que aunque no reprodujo totalmente el modelo chileno de privatización trasciende el modelo clásico del seguro social de corte proteccionista, respondiendo con ello a la probada ineficiencia del Instituto

² Las instituciones financieras más beneficiadas con el paso a las finanzas de mercado, a la liberación y a la desreglamentación han sido los fondos de pensiones. Para el caso de América Latina.

de los Seguros Sociales para extender la cobertura de los sectores independiente e informal, y su imposibilidad financiera para subsidiar la incorporación de los pobres. Esta incapacidad es explicable por las difíciles circunstancias sociales, económicas y laborales por las que atravesaba el país en esta época.

En esta parte presentare una descripción del régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993, con el fin de no agotar al lector, tomare los aspectos básicos pero que permitan obtener al lector una comprensión global del tema sin entrar en minuciosidades, y a fin que le sirvan de introducción a los siguientes capítulos.

La seguridad social ha estado desde sus inicio cimentada en principios que pueden considerarse como pautas para organizar y evaluar la gestión, y estos a su vez cuando están integrados en la legislación hacen mayor peso ya que se constituyen en criterios interpretativos para cualquier operador de justicia; pero, cuando estos principios llegan a hacer parte de la constitución, pues, llegan a constituir mandatos expresos tanto al legislador como a el ejecutivo, para desarrollo tanto legales como de aplicación.

Ahora, existen expresiones tanto doctrinales como filosóficas de principios que vendrían a ser desde cada óptica vinculantes hablando de Seguridad social; doctrinalmente hablando tendremos principios como los de: universalidad, integridad en las prestaciones, solidaridad, unidad o coordinación de gestión e internacionalidad (Arenas, 2007).

En el desarrollo legal de la Seguridad social, encontramos que legalmente se mencionan: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. (Ley 100 de 1993).

Pero debemos aclarar que la constitución colombiana hizo especial énfasis en tres de ellos: (Arenas, 2007)

- ✓ **Principio de universalidad:** Este principio esta definido en la ley como “la garantía de la protección, para todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida” (Ley 100 de 1993 Art. 2º).
- ✓ **Principio de solidaridad:** la norma este principio esta definido como “la practica de la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del mas fuerte por el mas débil” (Ley 100 de 1993 Art. 2º).
- ✓ **Principio de eficiencia:** En la ley se encuentra descrito como “La mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” (Ley 100 de 1993 Art. 2º).

Para que los servicios brindados por el sistema de seguridad social colombiano sean suficientes y oportunos los recursos administrativos, técnicos y financieros deben ser manejados de manera adecuada. Este principio está vinculado con la gerencia efectiva del proceso administrativo de la estructura y funcionamiento del sistema de seguridad social como un todo.

Tal y como esta preceptuado en la ley 100 de 1993 en su artículo 12, el sistema general de pensiones está compuesta por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, los cuales son, régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. A continuación veremos sus aspectos más relevantes.

3.1 PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

Este régimen es caracterizado porque sus afiliados o beneficiarios obtienen con arreglo a la ley una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización previamente definida, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos para tal fin (artículo 12 ley 100 de 1993); el monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas de cotización, es decir, desde el mismo momento en que el empleado entra a este régimen sabe el monto de la pensión a que tendrá derecho una vez cumpla con los requisitos de ley. Se denomina prima media puesto que en la medida de las obligaciones periódicas, entiéndase pensiones o prestaciones por pagar aumenten, el porcentaje periódico de cotización debe aumentar, lo cual como veremos mas adelante no se aplica en la realidad. Así mismo se denomina de prestación definida por cuanto las prestaciones y pensiones que se reconocen, están previamente determinadas en la ley, y el afiliado conoce las reglas que involucran a su pensión desde el mismo momento de su afiliación.

Una de las principales características de este régimen lo constituye el obligatorio cumplimiento de los requisitos legales (edad y número de semanas de cotización) para obtener la pensión de vejez, o de un número mínimo de semanas de cotización³ para lograr la pensión de sobreviviente o la invalidez según sea el caso.

De conformidad con el decreto 692 de 1994 artículo 2º, los aportes de los empleados y los empleadores, así como sus rendimientos, conforman un fondo común de naturaleza pública,⁴ cuyo fin no debe ser otro que el de las pensiones y los gastos de cada vigencia; si llegare a haber remanente este se destinara a la formación de un capital de reserva.

3.1.1 Características de la prima media con prestación. La ley determina como características del régimen:

- i. Es un régimen solidario de prestación definida, es decir, que los dineros que se les descuentan tanto a los trabajadores como a los empleadores va a dar a las arcas de un fondo común, que serán dineros que no va a pagar las pensiones de quienes los están aportando, sino que, se destinan para pagar las pensiones de los que actualmente están gozando del derecho de la pensión, de manera que, las pensiones de quienes hoy aporten serán financiadas con los

³ La base de cotización es la suma de dinero sobre la cual se liquida la cotización periódica de un afiliado al sistema general de pensiones. Esta base de cotización se calcula sobre:

El salario mensual del afiliado obligatorio, o lo que declare como ingreso mensual el afiliado voluntario, o el 70% del salario integral si es el caso. El monto mensual de la cotización para el régimen de prima media con solidaridad es de 13.5% -del cual el 75% está a cargo del empleador y el 25% restante a cargo del empleado-

⁴ La Corte Constitucional en sentencia C-378 de 1998, señaló que no obstante la naturaleza pública del fondo, no puede entenderse que los fondos que administra el ISS por concepto de los aportes que realizan sus afiliados y empleadores, hagan parte de su patrimonio o puedan catalogarse como ingresos de la Nación; tales aportes –así como sus rendimientos- no pueden reputarse de propiedad del administrador ni del Estado. Dado el carácter parafiscal de tales aportes.

dineros que aporten los afiliados que el día de mañana se vinculen al mercado laboral. Eso es lo que se denomina Solidaridad Intergeneracional, es decir, una generación financia a la otra.

- ii. Los aportes de los pensionados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantizan el pago de las prestaciones o pensiones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos e administración y la constitución de las reservas.
- iii. El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados (artículo 32 de la ley 100 de 1993)
- iv. La administración del régimen de prima media está a cargo del Instituto de los Seguros Sociales, como entidad prestataria principal. Las cajas de previsión y otras entidades pagadoras de pensiones que demostraron ante la superbacaria tener la solvencia necesaria pueden administrar este régimen pero solamente con respecto de los afiliados que tenían a 31 de marzo de 1994, pues a partir del primero de abril del mismo año, los nuevos afiliados deben afiliarse necesariamente con el ISS. (artículo 52 ley 100 de 1993).

3.1.2 Pensión de vejez en el régimen de prima media. “la pensión es un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro durante toda una vida de trabajo (...). En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador”, de esta manera lo define la Corte constitucional en la sentencia C-546 de 1992, Lo que es la pensión de vejez, como objetivo principal de cualquier sistema de pensiones en el mundo.

Esta claro que fruto del ahorro de toda una vida de trabajo se les garantiza a las personas mayores al retirarse de la fuerza laboral activa

por motivo de edad y de semanas de trabajo el disfrute de las actividades propias de su edad, manteniendo así, un nivel y calidad de vida adecuado a sus propias necesidades.

Ahora entrando en el detalle normativo, para disfrutar de una pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben cumplirse dos requisitos a saber:

- i. Tener 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre y
- ii. Haber cotizado cuando menos mil (1.000) semanas.

Estas edades se incrementaran a 57 y 62 años respectivamente en el año 2014 (par. 4º artículo 33 de la ley 100 de 1993). Esto es necesario pues la edad debe ir en concordancia con la expectativa de vida de las personas.

Una vez cumplidos estos requisitos legales el monto dependerá del número de semanas cotizadas por el futuro pensionado, así:

- i. Con mil (1.000) semanas de cotización, el monto de la pensión será el 65% del ingreso base de liquidación.⁵
- ii. Entre 1.000 y 1.200 semanas cotizadas, el monto de la pensión se aumentara en un 2% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 1.000.

⁵ Para liquidar las pensiones del régimen de prima media el ingreso base estará conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se haya cotizado durante a los 10 años que precedieron al momento de obtener la pensión ajustados por el índice de precios del consumidor. Existe a su vez una opción para los trabajadores que les permite mejorar su pensión, esto es, si el ingreso base ajustados por la inflación, calculado sobre los ingresos de todo su ciclo laboral fuere superior al determinado bajo la regla ordinaria, la pensión se liquida teniendo en cuenta este ultimo ingreso, siempre y cuando se hayan cotizado 1.250 semanas. Este mecanismo persigue estimular la fidelidad en las cotizaciones y disminuir le evasión en el régimen de prima media.

- iii. Entre 1.200 y 1.400 semanas cotizadas, el monto de la pensión se aumentara en un 3% por cada 50 semanas cotizadas, adicionales a las 1.200 iniciales, hasta completar un monto máximo de la pensión de vejez del 85% del ingreso base de liquidación.

Es de gran importancia el aclarar que por mandato constitucional la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente.

Al hacer claridad es de importancia recalcar que el decreto 832 de 1996 en su artículo 2º, consagra en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, la garantía de pensión mínima de vejez para los afiliados, siempre y cuando cumplan con los requisitos que para tal efecto determine la ley. Se ordena expresamente, que tal pensión mínima se financia con cargo al fondo común de naturaleza pública compuesto por los aportes y rendimientos de los afiliados.

Ahora bien, si esto es para la pensión mínima de jubilación o vejez, la ley también determina cual es el monto máximo de las pensiones en este régimen, y en este sentido dispone que el monto de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobre vivientes, para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida no podrá en ningún momento ser superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, este régimen reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a quienes habiendo cumplido la edad para obtener el derecho y no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas legalmente, y no tengan la posibilidad de seguir cotizando. Esta

indemnización es equivalente a la totalidad de lo cotizado durante su vida laboral.

3.1.3 Régimen de transición. Este tema que es uno de los temas mas polémicos de toda la ley 100 de 1993, se tomará de manera somera en este momento solo por ubicación dentro del tema que se trata en este capitulo; pero dada su complejidad se abordará de manera más extensa en un capitulo más adelante.

Este régimen consagrado en la ley 100 de 1993 en su artículo once (11), tuvo como finalidad básica la de proteger a los afiliados al antiguo régimen pensional de los efectos negativos que pudiera provocar el cambio de una legislación a otra, pensó en aquellos afiliados que sin haber adquirido el derecho pensional, se encuentran dentro de algunas circunstancias de favorabilidad y por tal motivo, se compromete a respetar dichas circunstancias. En este sentido la reforma pensional no retroactiva pues ningún trabajador puede ser desmejorado en sus condiciones, en aplicación de la nueva ley.

El régimen de transición se aplica a los afiliados varones que al momento de entrar a regir la reforma pensional (1º de abril de 1994) tuvieran mas de 40 años de edad, a las mujeres que tuviesen 35 años a esa misma fecha o a trabajadores de ambos géneros que hubiesen completado 15 años de cotizaciones. Así también a quienes a la fecha de entrada en vigencia hubiesen cumplido los requisitos para acceder a pensión de jubilación o vejez conforme a las normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento, tienen derecho, en el entendido del respeto a los derechos adquiridos, a que se les reconozca y se les liquide la pensión en sentido de la

favorabilidad que le proporciona la norma vigente al momento en que se adquirió el derecho pensional.

Para los trabajadores afiliados al régimen de prima media que estaban afiliados al ISS se aplican las siguientes reglas excepcionales:

- i. Edades mínimas de para acceder a pensión: 60 años para hombres y 55 años para mujeres.
- ii. Semanas cotizadas: 500
- iii. Pensión básica: 45% del ingreso base de liquidación por las primeras 500 semanas mas 3% por cada 50 semanas que excedan a las iniciales 500, hasta llegar a un máximo de 90%.
- iv. Pensión máxima: 15 salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de obtención del derecho.
- v. Tasa de cotización: 6.5% del salario inicial base establecida por la tabla de categorías y aportes del ISS.

3.1.4 Bonos pensionales. Los trabajadores que se trasladen del régimen de prima media “esto es, ISS, o de las cajas de previsión del sector público”, También tienen el derecho al bono pensional quienes estén o estaban vinculados al Estado como servidores públicos, y no cotizaban a caja o fondo alguna y aquellos que estén o estaban vinculados a empresas que estén o estaban a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones (Decreto 1299 de 1994 Artículo 2º), al régimen de ahorro individual de los fondos privados y que hubieren cotizado al menos durante tres años, tienen derecho a un bono pensional equivalente al tiempo y a los aportes efectuados al instituto (Artículo 115 de la ley 100 de 1993).

Puede en consecuencia afirmarse que los bonos pensionales son *“aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados”* (Artículo 115 de la ley 100 de 1993),

Y se determina mediante una formula que incluye edad y sueldo actual del afiliado, un calculo actuarial proyectado al cumplimiento de la edad para pensión de vejez, y el tiempo que cotizo al sistema anterior, o estuvo en el sector público (Artículo 117 ley 100 de 1993).

Los bonos serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes del traslado a los fondos privados; esto quiere decir, que pueden ser expedidos por la Nación, las cajas do entidades públicas con obligaciones pensionales y las empresas privadas o publicas que hayan asumido esa obligación.

3.1.5 Pensión de invalidez por riesgo común. En concordancia con el artículo 38 de la ley 100 de 1993, se considera invalida *“la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o mas de su capacidad laboral”* La distinción es de suma importancia, pus la invalidez originada de un accidente de trabajo o derivada de una enfermedad profesional, no es cubierta por el sistema general de pensiones, sino por el sistema general de riesgos profesionales.⁶

Los requisitos para acceder a la pensión de invalidez son los siguientes:

- i. Estar afiliado al sistema general de pensiones y haber cotizado 26 semanas. Debe entenderse que estas semanas cotizadas pueden ser aportadas por al afiliado en cualquier tiempo, por cuanto la norma no determina en que tiempo deben haber sido cotizadas.

⁶ Esto es para los trabajadores dependientes, es decir, quienes estén vinculados a contrato de trabajo o son servidores públicos, pues los trabajadores independientes afiliados se les da el tratamiento de previsto para el riesgo común, y en consecuencia se les reconocen las pensiones e incapacidades previstas en los Sistemas Generales de Pensiones y Salud.

- ii. Si no esta afiliado al sistema general de pensiones al momento de la invalidez, haber cotizado a este sistema 26 semanas durante el año inmediatamente anterior.

En cuanto al monto mensual de la pensión de invalidez, depende del grado de invalidez y el número de semanas cotizadas, así:

- i. Si el grado de invalidez se encuentra entre el 50% y el 66%, el monto de la pensión es del 66% de la base de liquidación, mas el 1.5% por cada 50 semanas con posterioridad a las primeras 500 semanas.
- ii. Cuando el grado de invalidez es superior al 66%, el monto de la pensión será del 54% de la base de liquidación, ,as 2% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 800 semanas
- iii. El monto máximo de la pensión de invalidez es del 75% de la base de liquidación.

3.1.6 Pensión de sobrevivientes. Esta pensión es aquella que se causa como consecuencia de la muerte de un afiliado o de un pensionado. Se encuentra a cargo del sistema general de pensiones cuando el origen de la muerte es común. La pensión de sobreviviente será del 100% de a pensión que disfrutaba el pensionado. Si quien fallece es el afiliado activo, el monto de la pensión equivale al 45% del IBL, más el 2% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500 semanas, sin que exceda el 75% del IBL. Si al momento de la muerte no se cumplen los requisitos hay lugar a indemnización sustitutiva de la pensión (artículos 46-49 ley 100 de 1993).

La pensión se pagara en forma vitalicia al cónyuge o compañero (a) permanente. También a los hijos menores de 18 años o de 25 se están estudiando y dependían económicamente del afiliado y a los hijos inválidos

mientras permanezcan en esta condición. A falta de cónyuge e hijos con derecho, a los padres que dependan económicamente del afiliado; a falta de estos a los hermanos inválidos si dependen económicamente.

3.2 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Es fácil vislumbrar que la característica principal de la reformas pensionales hayan sido la implantación de un modelo de capitalización individual que se materializó aquí en Colombia a partir de la ley 100 de 1993, Los proyectos iniciales de reforma estuvieron claramente orientados a hacer la capitalización individual en el largo plazo el régimen exclusivo de ahorro y seguros, sin funciones redistributivas, que quedaban asignadas a regímenes diferentes.

También hemos de tener en cuenta que los profundos cambios sufridos por las reformas en el congreso colombiano han mantenido una opción formalmente permanente de beneficio definido, que claramente discrepa del esquema mixto en el sentido normativo, pero es claro que la combinación de sistemas público de beneficio definido y de capitalización individual definida por contribuciones no es estable en el largo plazo con contribución constante (o declinante). En la práctica, lo que seguramente se ha hecho es aplazar la definición del cierre del sistema de reparto al dejarlo enteramente dependiente del fisco, cuando ya no sea viable demográficamente dejando espacio suficiente para que se desarrollen los fondos de pensiones como alternativa principal. En este sentido, los esquemas legales colombianos serán probablemente meros mecanismos implícitos de transición, sin asumir de inmediato los costos políticos del

cierre del reparto, pero aumentando la injerencia política y los costos fiscales.

Se iniciara entonces, haciendo referencia al esquema legal por el cual se rigen las Administradoras de Fondos de Pensiones, para luego terminar este punto con algunas recomendaciones y propuestas, que bien podrían ser tomadas en cuenta.

3.2.1 Esquema o régimen legal de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

3.2.1.1 Naturaleza Jurídica. Las (SAFP), son sociedades anónimas o entidades cooperativas que legalmente tienen como fin exclusivo el de administrar un fondo pensional y los planes de pensiones del Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad. Para otorgar las prestaciones y beneficios pensionales que se desprendan de su régimen legal y los reglamentos establecidos para el otorgue de estos.⁷ En relación con la pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.

Conforme a lo estipulado en la norma y lo dicho anteriormente, estas entidades no podrán dedicarse a labor alguna que no sea acorde con su objeto o razón de ser, como la podrían ser las de las entidades bancarias o

⁷ Según lo preceptuado en el artículo 35 del decreto 656 de 1994, las (AFP) se registrarán por las disposiciones especiales de la ley 100 de 1993 y los decretos reglamentarios que para tal efecto sean dictados y en su orden por las normas aplicables a las sociedades de servicios financieros y a las instituciones financieras.

compañías aseguradoras, etc., la Superbancaria estará facultada para ejercer un estricto control sobre las actividades de las administradoras de fondos de pensiones.

Es de gran importancia entender que también son entidades o instituciones de carácter previsional⁸, no obstante a su denominación legal, el artículo 4º del decreto 656 de 1994 establece que las SAFP serán responsables de los perjuicios que por culpa leve ocasionen a sus afiliados, y por tanto se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes que de dicha calidad se pueden inferir.

3.2.1.2 Constitución. Para lograr esta las SAFP deben ocuparse de dos puntos específicamente, a saber:

- i. Los requisitos que deben cumplir previamente a su constitución, y
- ii. Los requisitos especiales relacionados con la constitución propiamente dicha.

3.2.1.2.1 Requisitos previos a su constitución. Estos necesariamente hacen referencia a quienes se encuentran facultados o autorizados para participar en la integración del capital de las SAFP y los requisitos que están deben cumplir para tal efecto. Para tal efecto se señala por el D.R. 656 de 1994, que cualquier persona con capacidad para invertir en el capital de las personas jurídicas puede participar en la constitución de una SAFP. O invertir en el capital social de una administradora en funcionamiento, previa autorización. Haciendo especial referencia a las entidades de derecho público del sector central o descentralizado, de cualquier nivel territorial, y

⁸ Debe tenerse en cuenta que desde el punto de vista económico, las SAFP no están definidas como entidades de previsión sino como instituciones financieras.

las entidades del sector solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y cajas de compensación familiar, facultando a estas últimas junto con las compañías de seguros a ser socias de las SAFP ya existentes.

3.2.1.2.2 Constitución propiamente dicha. Hay que anotar que con respecto de los requisitos propiamente dichos que se le exigen a las SAFP previos a su constitución, debe hacerse claridad en dos aspectos:

- i. Tales entidades deben cumplir los requisitos que preceptúa la ley 45 de 1990 para las entidades de servicios financieros (como institución financiera que es una SAFP), y
- ii. Los requisitos especiales que establece la ley 100 de 1993 y los decretos reglamentarios (como entidad de previsión), relacionados con el monto patrimonial, el nivel de activos, la participación del sector solidario y la democratización del capital.

3.2.2 Comentarios sobre las regulaciones que cobijan a las inversiones de las ASFP.

Es posible notar que la reglamentación del régimen de inversiones que rigen a las de las SAFP y sus respectivos límites, restringe excesivamente la actividad de los inversionistas, lo cual a mi modo de ver desestimula la participación de muchos capitales o instrumentos que se permiten invertir.

Frente a este tema de las inversiones de las SAFP y que frente al respecto que se hace necesario un cambio en cuanto a su regulación el Dr. Fernando Robledo sostiene que *“se requiere es establecimiento de una regulación que establezca límites prudenciales y no orientadores”* (Quijano, 1999), pero ¿que significa el que se cambie de un criterio orientador a un criterio prudencial?, esto significa los límites a imponer sobre las inversiones deben evitar los riesgos a los cuales están expuestas las inversiones, pero en relación con la operación en particular, el imponer el criterio orientador impide a los inversionistas realizar inversiones que consideran más rentables, por exigencia de este criterio, así pues, el límite debería depender del riesgo de la operación y de las características de la misma (criterio prudencial) y no de la procedencia del instrumento y del porcentaje que representa en relación con el valor del fondo (criterio orientador).

En este mismo orden de ideas se han hecho apreciaciones como las de Ulpiano Ayala (Ayala, 1998), quien afirmó que *“los límites a los regímenes de inversiones deben ser solo los estrictamente necesarios y no como intento para dirigir regulatoriamente la inversión, como ocurre con la mayoría de límites impuestos a este tipo de instrumentos”*.

Es un error pretender extender la cobertura del sistema pensional obligatorio a toda la población, de manera forzada, sin tener como motor políticas que conduzcan a la generación de empleo. Adicionalmente, las personas a quienes iría dirigida la extensión de cobertura tienen otras prioridades y aducen dos razones principales para no participar del sistema: la primera es que algunos no tienen suficientes ingresos para cubrir la cotización del sistema; la segunda, y tal vez más preponderante, es que a otros “la gran mayoría” no les interesa la previsión para la vejez y dan mayor importancia a otras prioridades del presente. Por otra parte, y con

resultados nocivos para la creación de empleo, es indebido que los afiliados al sistema, tanto empleados como patronos, mediante aportes parafiscales realicen la función redistributiva que debe cumplir el Estado con los recursos que obtiene a través de impuestos generales. Dentro de este orden de ideas para nadie es desconocido el que debido a una falta de desarrollo legislativo es posible el que la gran mayoría de los jóvenes actuales no tienen la protección legislativa para hacer que sea perentorio para cualquier tipo de empleo la inmersión del trabajador al sistema pensional.

Ahora bien es necesario hacer claridad en que si bien con la implementación de la ley 100 de 1993 Colombia realizó una reforma de todo su Sistema de Seguridad Social: pensiones (invalidez, vejez y muerte), salud, y protección contra riesgos profesionales, se abrió la administración del aseguramiento, la inversión del ahorro, la prevención y la provisión de servicios médicos a firmas privadas así como a entidades públicas, para mejorar los servicios, bajo regulación y con garantías estatales.

En este presente capítulo así como en todo el escrito se trata solamente el sistema ordinario de pensiones, describiendo en primer lugar los principales aspectos de la reforma propuesta por el Gobierno en 1992, la aprobada con la Ley 100 de diciembre de 1993 que ha entrado en vigencia a partir de Abril de 1994, que fue desarrollada con el propósito de enfrentar problemas de dispersión institucional, multiplicidad de regímenes, baja cobertura, inequidad, ineficiencia administrativa, y desequilibrio financiero originado en las bajas tasas de cotización y desproporcionados beneficios, Aunque la propuesta gubernamental en materia de pensiones era sustituir totalmente en el largo plazo el sistema tradicional de reparto simple por otro de capitalización individual, el acuerdo político que permitió la reforma mantuvo

permanentemente el régimen anterior de reparto simple, simultáneamente con el nuevo sistema de capitalización individual.

De bulto es claro inferir que el telos de la ley en comento Aunque introdujo una competencia formal entre el régimen definido por beneficios y el de ahorro o de capitalización individual, definido por contribuciones, los incentivos reales han conducido más bien a una complementariedad entre ellos y a una tendencia de largo plazo hacia la concentración en el régimen de capitalización. Lo que se ha presentado efectivamente hasta la fecha ha sido consecuente con dichos incentivos: una tendencia a la concentración de afiliados en el sistema de capitalización individual, con excepción de los que se vieron más favorecidos por el régimen de transición de beneficios definidos, La evolución ha mostrado, que los mayores obstáculos a la implementación de la reforma del 93 se han concentrado en el sistema de pensiones para los empleados del sector público, que exigirá en los próximos años un creciente monto de recursos directos del presupuesto, y cuya financiación es uno de los principales retos para las finanzas públicas, lo que nos lleva a afrontar el punto de el costo fiscal, si bien para ese momento histórico con todas las buenas intenciones que se tuvieron no dimensionaron la afectación al fisco que tendría en un futuro no solo el régimen de transición sino toda la carga pensional que hasta el momento debía el estado y que debía honrar,

La necesidad de ajuste que se puede apreciar a esta implementación legislativa se presenta principalmente porque no se reformó o porque se ejecutó poco de la reforma de las pensiones para el sector público, y por la generosidad de la transición que mantuvo los regímenes anteriores de beneficios. El pago de obligaciones pensionales con funcionarios públicos nacionales y locales constituyó una carga fiscal muy difícil de asumir por los gobiernos central y locales. Y que no se tuvieron en cuenta cuando aún

en ese entonces ya se contaba con algunos supuestos plausibles, que determinaban que para el 2007 el ISS habría agotado sus reservas, y el costo fiscal que representaría la atención de sus obligaciones se añadiría desde entonces a la carga por concepto de atención de pensiones de funcionarios públicos, amenazando la sostenibilidad de las finanzas públicas. Por su parte, los llamados costos de transición hacia un sistema de capitalización solo asumirán el papel principal desde mediados de la próxima década.

Existieron a mi modo de ver además otros importantes ajustes que debieron ser realizados para reducir los déficits fiscales pensionales:

- i) Suprimir las posibilidades de traslados casi libres entre los dos subsistemas pensionales.
- ii) Adoptar ajustes a la pensión mínima.
- iii) Eliminar las exenciones tributarias para altas pensiones.
- iv) Reformar el mecanismo de solidaridad para el pago de aportes, a favor del pago de pensiones mínimas; entre los más importantes.

PASADO Y PRESENTE PENSIONAL EN COLOMBIA

4. ¿SE JUSTIFICA UNA REFORMA PENSIONAL?

4.1 Tendencia de Inviabilidad Financiera del Régimen Anterior

En el pasado nos encontramos con situaciones que a todas luces nos dieron a entender la inviabilidad del sistema pensional anterior, tales como, por ejemplo el mantenimiento de las cotizaciones por debajo de los niveles necesarios para garantizar el equilibrio financiero, que era lo que veíamos antes de la ley 100 de 1993, después de la entrada en vigencia de ésta si bien se hicieron esfuerzos para solucionar esta forma cotizacional, el daño hecho al sistema general de pensiones del seguro social fue profundo y aunado a malos manejos de los dineros con destinación exclusiva pensional han hecho que si bien las pensiones causadas son pagadas se hacen por que el estado lo establece como deuda estatal y no se cancelan con dineros propios de los sistemas de pensión. Lo anterior se vio acrecentado por la consecuente descompensación, por causa de los desmedidos beneficios pensionales en pro de algunos sectores o de trabajadores de determinadas entidades, fueron éstas solo algunas de las causas que tornaron al anterior sistema como no viable.

Otra situación que contribuyo en gran medida la no viabilidad financiera del sistema pensional anterior fueron los cambios en la situación demográfica del país, al presentarse un incremento acelerado de la población mayor de 60 años, que paso en 1985 del 6% de la población total a cerca de un 10% respecto de la población en el año 2000.

Por otra parte circunstancias como la informalización de la economía y la movilidad en los empleos lo que dio lugar a la reducción o restricción de la afiliación a nuevos trabajadores que hicieran sus aportes propios a los sistemas pensionales, condujo a la disminución de la relación de pensionados/afiliados, por cuanto al no ampliarse la base de cotizantes y al consolidarse la tendencia de un rápido crecimiento de la población pensionada, tal relación que en la década de los 70's era de 180 afiliados por pensionado, paso solo a 30 en la década siguiente, hasta el punto de llegar a 12 afiliados por pensionado en la década del 1990 al 2000, esta circunstancia puso de manifiesto que los incrementos proyectados para las cotizaciones que han debido haberse efectuado, jamás se hicieron, lo cual distorsionó profundamente los cálculos pensionales que se habían hecho al inicio de la creación e implementación de los sistemas que para tal fin fueron creados, lo que llevo a una exigencia urgente de realizar un cambio estructural para lograr la supervivencia de los regímenes de pensiones.

Afectaron, de igual modo, al sistema pensional anterior otros problemas que incidieron directamente en el equilibrio financiero y en su consabida inviabilidad, entre los cuales cabrían la falsedad y la evasión en el cálculo del salario base de liquidación de las pensiones, que disparó los índices de corrupción en este ámbito.

4.2 Problemas Debido a la Baja Cobertura

Al momento de analizar la relación pensionado/afiliado, es decir, en lo que atañe a la extensión o dimensión del cubrimiento del sistema de seguridad social, puede calificarse al antiguo como deficiente. Fue precisamente este uno de los aspectos mas relevantes que condujo al momento de

considerarse, por parte del gobierno nacional en la década de los 90's el pensar en la reforma pensional y de seguridad social que se llevó a cabo con la ley 100 de 1993, y en la que se creó la posibilidad de que se crearan las SAFP, lo que sin lugar a dudas dio un respiro al sistema pensional del seguro social y lo que marco una proyección que tenía el estado a quitarse la obligación de mantener en el futuro los sistemas pensionales de carácter social. Puede afirmarse y sin temor a equivocarse que, en cuanto a cobertura, el sistema antiguo era deficiente, puesto que al tener en cuenta el nivel de desarrollo económico que Colombia ostentaba frente a otros países de América latina en lo referente a seguridad social, se observa que Colombia tenía una menor cobertura en comparación con otros países suramericanos con un nivel de desarrollo económico más bajo.

No es posible ocultar que en el caso de las pensiones solamente el 21% de los colombianos en 1991 tenía acceso al sistema pensional, o lo que es lo mismo cuatro de cada 5 colombianos se encontraba marginados del sistema pensional colombiano. En lo referente al porcentaje de cobertura con respecto a la población económicamente activa, se tenía que este estaba al redor de un 25% (Planeación, 1999) situación que hallaba explicación en circunstancias como el bajo nivel salarial que percibían los colombianos que conformaban la parte de la población económicamente activa, el alto índice del empleo informal existente en Colombia, las fluctuaciones en la situación económica que trajo consigo la apertura, y la ineficiencia de las autoridades en la vigilancia del cumplimiento de la normatividad sobre afiliación.

4.3. Respeto de la Ineficiencia y la Inequidad.

Respecto estos dos ítems debe mencionarse en primer término, que una de sus mayores fuentes radicaba en la existencia dentro del antiguo sistema de un gran número de entidades con diversidad de modalidades sobre los requisitos necesarios para acceder a la pensión (principalmente en cuanto a la edad y al tiempo de servicio) salarios o retribuciones laborales incidentes en la liquidación, beneficios especiales como mesadas o primas adicionales, etc., lo cual como es lógico, vino a desencadenar en una multiplicidad de subsistemas y, de igual modo, grandes diferencias en cuanto a las alternativas de financiación y de prerrogativas.

Como segundo término vale recordar que el sistema pensional anterior había sido concebido como solidario, puesto que su principal finalidad era perseguir la financiación de las pensiones por parte de los trabajadores que aportaban estando en plena actividad laboral, respecto de los que ya no le estaban por estar gozando de la calidad de pensionados, lo cual, debido a las mencionadas tendencias demográficas, sí bien podría haber operado solidariamente con respecto a las primeras generaciones de pensionados, no lo sería con respecto de las futuras generaciones de estos, por cuanto estas no solo habrían de soportar unos incrementos en los pagos de sus aportes, debido al aumento en la población de pensionados con respecto de la de afiliados o trabajadores activos, sino también a la circunstancia del incumplimiento en los reajustes anuales previsto para las cotizaciones.

En lo que respecta a la ineficiencia, es decir, a la incapacidad administrativa para el manejo de los recursos con miras a la obtención de

los objetivos predeterminados, pudo verse con claridad al analizar aspectos claves como la gran cantidad de gasto invertido e relación con los logros en cuanto a la cobertura y, en otras áreas como La diligencia en el pronto reconocimiento y el los trámites requeridos para la efectividad en el pago de las mesadas pensionales a quienes obtuvieron legalmente el derecho.

En igual sentido es deber el comentarse, que una de las principales causas de ineficiencia del sistema, puede relacionarse con la manera como fue planteado el procedimiento para la obtención y reconocimiento de la pensión, pues, la comentada circunstancia de computarse para el monto de la pensión únicamente los valores de los salarios de los últimos años de trabajo, dio lugar a diferentes irregularidades, como la subdeclaración de salarios a la hora de efectuar las cotizaciones y la sobrevaloración de los mismos en los últimos años previos al reconocimiento del derecho pensional, aunado a la discontinuidad de los aportes y el alto porcentaje de evasión del sistema, factores estos, que permitieron la demostración de la ineficiencia del mismo. Todo esto sin contar con el mayor y más grave de los problemas el cual fue la increíble desproporción entre las cotizaciones y los beneficios pensionales recibidos.

4.4 Llega La Reforma Pensional Ley 797 de 2003

El sistema pensional colombiano establecido anteriormente por la ley 100 de 1993, fue modificado por la ley 797 de 2003, por el cual se efectuó una reforma al sistema pensional colombiano, la razón fundamental que motivo a la presentación del proyecto legislativo de esta ley fue la difícil situación fiscal que hasta ese momento atravesaba el país y que según el mentado proyecto legislativo tenía en el pasivo pensional uno de los mayores pesos.

Además también de algunos problemas del sistema, como la coherencia de sus parámetros, pero es de fácil recibo que básicamente esta fue una reforma con enfoque meramente fiscal.

Teniendo en cuenta los cambios estructurales estos se hicieron teniendo en cuenta que cumplirían con un fin, y fue, la búsqueda de que existiera una mayor correspondencia entre las contribuciones y los beneficios que generaba el sistema general pensional colombiano para el momento, y así lograr evitar de paso el aumento explosivo del déficit fiscal generado por el aumento en las obligaciones a cargo del gobierno nacional central (las obligaciones contraídas dentro del sistema de prima media).

En esta reforma en lo que atañe a los cambios más significativos, encontramos que la edad de pensión pasó de 55 a 57 años en las mujeres y de 60 a 62 años en los hombres. La tasa de cotización para los aportes pensionales se establecería a partir del 1º de enero de 2004 sería de 14.5% y para el año 200 sería de 15.5%. Así como la obligatoriedad en la afiliación para pensiones tanto de los trabajadores dependientes como los independientes. La mayor exigencia en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión por invalidez y la de sobreviviente. En cuanto al número de semanas cotizadas para obtener el derecho, estas pasaron de 1000 a 1050, además de establecer un incremento en este número de 25 semanas por años, hasta llegar a 1300 en el año 2015.

En lo a teniente a el calculo de las mesadas este continuara sobre la base del promedio de salario de los últimos 10 años, y se estableció el monto mas bajo para pensión que sería de un salario mínimo mensual vigente en los dos sistemas, la distribución de los aportes continuo de la

misma forma que se había establecido en la ley 100 de 1993, 25% de parte de los trabajadores y 75% por los empleadores.

Con el estudio pormenorizado de esta ley se puede fácilmente observar que la reforma al sistema general de pensiones contenida en esta fue centrada en los cambios de los parámetros del sistema, dejando casi intactos los aspectos generadores de inequidad consagrados desde la ley 100 de 1993, que como vimos anteriormente también fue una generadora de déficit y no se hizo acorde con las necesidades sociales del pueblo colombiano.

Es de fácil recibo el que estas reformas pensionales optaron por responder, ante todo, a los problemas de corte meramente fiscal y dejando postergadas las soluciones a los problemas estructurales del régimen dual, instituido en el año 1993, que han contribuido a que se aumente la baja cobertura del sistema pensional colombiano, la competencia perversa entre las SAFP y el ISS y a una crítica situación del régimen de prima media y prestación definida.

Como ya se anotó en más arriba en este escrito, el sistema "dual" aprobado con la reforma que entró en vigencia el 1 de Abril de 1994, abrió el camino del sistema de capitalización individual, manejado por las Administradoras de Fondos de Pensiones, SAFP y mantuvo el sistema de Prima Media, administrado por el ISS, que debía recibir los afiliados de las Cajas y Fondos del Sector público que se fueran liquidando y que optaran por éste. En el año 2000, los afiliados a las SAFP, llegaron a 4 millones, y los del ISS a 4,5 millones, aunque en ambos casos esté cotizando efectivamente sólo cerca de la mitad de los afiliados.

Además de los afiliados al ISS (prima media) y a las SAFF, captaron cerca del 42% de sus afiliados entre nuevos miembros de la fuerza de trabajo y otro tanto desde el ISS, desde el cual se han trasladado algo más de un millón de afiliados. Los afiliados a los fondos son predominantemente jóvenes, sin distinción notable por nivel de ingresos.

A todas luces se noto que Las mayores dificultades de implementación se presentaron en el sistema pensional para el sector público. En primer lugar, no se produjo el cierre esperado de funciones pensionales de las cajas y fondos de pensiones, especialmente en el nivel nacional. Con auspicio gubernamental se crearon o reconocieron nuevas cajas (como la del sector público de comunicaciones, Caprecom, en 1995) y nuevas prestaciones, así como pensiones especiales para “artistas” en una Ley que creó un Ministerio para la Cultura (también en 1995). En segundo lugar, no se efectuó el ahorro ni las provisiones suficientes para cumplir las obligaciones pensionales del nivel territorial, y el cálculo sistemático de los pasivos fue muy lento. En tercer lugar, la implementación fue insuficiente, Como lo denunció el Ministerio de Hacienda, cuando se pronuncio sobre el control de la liquidación de las pensiones de forma que se adecuen a la ley 100, y frecuente corrupción. El promedio de salarios base para las liquidaciones de pensiones del sector público creció en un 50% real desde la reforma. *Particularmente entre 1994 y 1998 se favorecieron políticas promocionales de afiliación al ISS que generaban superávits temporales, captados por el gobierno central para financiar su déficit, sin considerar su costo en términos de mayores déficits futuros.* (Comisión del gasto publico 1997)

A su vez, los subsidios para contribuciones de los pobres no se enfocaron a procurar su pensionamiento efectivo. Sin evaluaciones

previas, se otorgaron subsidios hacia grupos que tenían poca probabilidad de pensionarse, lo que sugiere criterios de carácter populista, que no consultan los límites del sistema pensional y se equivocan de opción en los instrumentos de política social. Desafortunadamente, no hay suficiente información para apreciar la focalización de estos subsidios, y mucho menos su impacto.

Es fácil ver que la vena rota del sistema pensional reside principalmente en el sector público, y con un componente importante en el sector público de las entidades territoriales. Que se traducen principalmente en imprevisión para atender las obligaciones pensionales. En diciembre de 1998, el Ministerio de Hacienda realizó una encuesta entre los 31 gobiernos departamentales, y encontrándose que 14 registraban atraso en el pago de las mesadas pensionales a cerca de 18 mil pensionados. Solo en el año 2000 se estableció un Fondo Nacional para el Pasivo Pensional de las entidades Territoriales, mediante el cual se imponen e incentivan las provisiones y el ahorro para estas obligaciones. Parte de estas dificultades de implementación ha tenido lugar en contravía y desatendiendo la propia ley 100, que contiene muchos de los elementos y mandatos formales para la integración del sector público dentro del sistema pensional. La relevancia de la reforma del sector público se evidencia recordando que tenía cerca del 25% de los afiliados, 40% de los pensionados y 55% de la deuda pública pensional en el momento de la reforma. Hoy son el 20% de los afiliados el 54% de los pensionados y el 70% de la deuda pensional estimada.

En suma, entre los aspectos más defectuosos de la reforma de 1993 respecto al sector público se encuentran:

i) la exclusión del magisterio y las fuerzas armadas, y el hecho que no se efectuaran ajustes en esos sectores.

ii) la carencia de requisitos e incentivos para el ahorro de las entidades territoriales para efectos pensionales.

iii) la falta de separación de los aspectos financieros de los administrativos y políticos para poder ejercer una regulación y supervisión efectiva del sistema de Prima Media parte de por la Superintendencia Bancaria, la que además carece de suficiente autonomía.

No podemos más que destacar que al momento de estudio del tema en comento se pueden inferir claramente dos visiones respecto a la forma como debió reformarse el sistema general de pensiones vigente en el país: una ortodoxa, en la que prevaleciera el pragmatismo de las finanzas públicas (con la meta de disminuir lo que más se pudiera el déficit fiscal), la provisión de flujos financieros para la intermediación hacia un mercado de capitales más moderno, y la progresiva eliminación de subsidios para que cada persona tenga un beneficio pensional producto de su esfuerzo individual.

Y otra de corte social en la que se colocara como resultado final la cobertura universal de la pensión sobre la tercera edad, al tiempo que cada vez se responsabilizara menos a las finanzas públicas del financiamiento de estos gastos. Este segundo aspecto implicaría que se debería procurar el equilibrio entre los aportes de los afiliados y los beneficios pensionales que se derivaran del periodo de cotización durante su respectiva vida activa de cada trabajador, aunque con la advertencia de minimizar la contracción de los beneficios. Por lo demás, esta visión considera que la administración de los recursos recaudados (como flujos y reservas) del sistema podría llegar

a ser ejercida por entes de carácter público y privado, sin discriminación ninguna.

Mientras la primera visión se traduce en una propuesta de reforma que profundiza el objetivo de la ley 100, en cuanto el fortalecimiento del régimen de ahorro individual y el marchitamiento del régimen de prima media; la segunda visión se manifiesta en una propuesta que cambia el énfasis del sistema hacia los fondos de capitalización individual, obligando a distribuir los aportes de los afiliados entre un fondo común de prima media y los fondos individuales, en términos complementarios y no competitivos como lo estableció la ley 100.

Otros dos aspectos de la problemática no resuelta, que llamaron la atención en forma asimétrica por parte de las propuestas gubernamentales, se refieren a la cobertura y al pasivo pensional de los servidores públicos. El fracaso de la cobertura de la protección pensional por parte de la reforma de 1993 pareció no ser preocupación del enfoque ortodoxo pero sí de la visión social. La magnitud del pasivo sobre las finanzas públicas debida a los regímenes exceptuados, a los regímenes especiales y a los servidores públicos del orden territorial recibieron la atención parcial por parte de las autoridades fiscales pero no en forma decidida; para los directivos del *sector social* este aspecto no fueron de prioridad.

**EL RESPETO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
DENTRO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

5. ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

Como recurso final, para hacer un último intento por reducir el déficit fiscal generado por pensiones y eliminar los privilegios de ciertos sectores, se presentó un proyecto de acto legislativo para reformar el artículo 48 de la Constitución Política, el cual se diferencia notablemente del Acto Legislativo 01 que finalmente se aprobó en julio de 2005.

Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2002, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

"Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones

pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

"Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Gaceta, 2005)

5.1 ANÁLISIS DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2005

5.1.1 Acto legislativo desde el punto de vista de las garantías del estado al sistema de pensiones

Como elementos introductorios tendremos el que esta reforma se sitúa dentro de la preocupación de que se pueda financiar el régimen de prima media actualmente en el país, teniendo en cuenta que los ajustes que se hicieron al sistema general de pensiones, fueron muy hondos y empezaron con la constitución del 91 y la ley 100 de 1993 y después de eso ya llevamos bastantes momentos de reformas: a) la ley de reforma laboral, b) la ley 797 de reforma pensional, entre otros.

Lo que realmente trataremos de ver en estos trabajo es una búsqueda de sostenibilidad financiera que se intentara en el acto legislativo materia de estudio, lo que significa que los objetivos son comprensible, pero que también degenera en mucha preocupación por que el tema pensional es un compromiso social y que el estado tiene la obligación de cumplir. Ya que el sistema pensional forma parte de esos ideales sociales deseables que tienen un costo para poder cumplir con ellos y que el estado tiene la obligación de asumir, el acto legislativo incluso nos da reglas sobre eso como ya lo veremos.

Lo primero que hay que decir desde el ámbito jurídico, es que la reforma pensional hay que decirlo, es un acto legislativo, no una ley o decreto, es una modificación al texto constitucional. y que al estar inmerso en el texto superior hay que aplicarle reglas o criterios de interpretación

constitucional y no meramente legal; con lo que nos obliga a primeramente entender y analizar el tema de si la constitución trae reglas directamente aplicables, o solo es, un programa de acción a desarrollar por el legislador. Lo que ya situándonos en nuestra constitución creo que es sano decir que nuestra constitución trae de los dos tipos de elementos y el acto legislativo nos lo muestra al darnos reglas de interpretación constitucional, como son reglas jurídicas aplicables directamente y pautas o criterios orientadores para el legislador que tendrían futuros desarrollos legislativos en el congreso.

Otra característica del acto legislativo es que si bien reforma y adiciona el artículo 48 de la constitución, el contenido y alcance de estos nuevos incisos tiene un contenido exclusivamente pensional, es decir, que todo lo que diremos en este capítulo sobre el acto legislativo 01 de 2005 se refiere únicamente a las pensiones a diferencia de todo el artículo 48 de la Constitución colombiana que en su totalidad nos trae el modelo constitucional de la seguridad social y que es aplicable a todo el espectro de los sistemas de la seguridad social. Por lo tanto hay que armonizar el texto de este acto legislativo en conjunto con todo el artículo 48 de la seguridad social, además con el resto del articulado constitucional y con la jurisprudencia constitucional también; así como tener en cuenta que los análisis que se hagan en este capítulo hay que proyectarlos a esta temática.

Dicho esto comencemos a revisar el contenido normativo del acto legislativo materia de estudio en esta ocasión:

- i. El estado garantiza la efectividad de los derechos del sistema pensional.

- ii. Veremos que: el estado se compromete a que el tema pensional sea sostenible
- iii. El estado garantiza el respeto a los derechos adquiridos, lo que nos pone de presente que esta reforma no pretende llevarse por delante el principio general de los derechos adquiridos que esta en la constitución ni los derechos adquiridos pensionales específicos que tiene el sistema de pensiones, este principio reiterado en el acto legislativo nos da una regla de interpretación ante eventuales casos donde deberemos preferir de primera mano el derecho a los derechos adquiridos sobre interpretaciones que podrían llegar a negarlos.
- iv. El estado asume la deuda pensional que este a su cargo, lo que es un elemento de gran importancia dentro del cuerpo del acto legislativo 01 e 2005 "*el estado asumirá la deuda pensional que de acuerdo con la ley esta a su cargo*" dice textualmente la norma constitucional, es decir, que el estado sabe que tiene una deuda pensional y compromisos pensionales que independientemente de si se sostenga tiene que honrar, allí nos introduce otro elemento para no ir a endiosar la idea de la sostenibilidad financiera y es que el estado nos dice que lo que no se sostenga financieramente o lo que mejor dicho no tenga establecidos criterios de sostenibilidad pero ya es un derecho establecido el estado lo tiene que asumir como deuda pensional, entonces, eso implica que el pasivo pensional de muchas entidades publicas y privadas donde ya las pensiones están reconocidas el estado el único camino que tendrá es honrar su compromiso de deuda pensional.

Esto nos da una entrada a uno de los nuevos principios de la seguridad social, el de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo que

significa en teoría de la seguridad social que el sistema pensional debe ser viable, (Mesa, 2001), debe poderse financiar, las leyes posteriores a el acto legislativo deben asegurar la sostenibilidad del sistema pensional colombiano o no se harán.

Para hacer referencia a la mención del anterior principio, es de anotar que con el acto legislativo 01 de 2005, el constituyente colocó una restricción a las interpretaciones que se le puedan hacer y entonces dice a las pensiones causadas y reconocidas en derecho, no se les puede disminuir, restringir o congelar so pretexto de poder cumplir con ese principio de sostenibilidad, con lo que tenemos dos cosas: a) Restricción constitucional: la sostenibilidad financiera no implica que las pensiones “reconocidas conforme a derecho” puedan dejarse de pagar, congelarse o reducirse de valor. b) Efectos: garantía de pago, indexación, protección, dignidad humana, entre otros (Corte, T-235 de 2002). Existen también interpretaciones que tienden a ver este principio relacionado a que a las pensiones no se les puede gravar hablando de que cuando la Constitución nos manda a que las pensiones no pueden reducirse de valor, por lo que para ellos podría significar que no se les podría aplicar los tributos de ley so pena de incumplir lo mandado constitucionalmente, por que contrario pienso que hasta allá no puede interpretarse porque ningún impuesto, ni sobre pensiones ni sobre salarios pueda ser visto desde el punto de vista de los derechos sociales como una reducción, sino como un ingreso que a su vez tiene deberes de tributación frente al Estado.

5.2 REGLAS SOBRE DERECHO A LA PENSIÓN

Con la prohibición de brindar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, se buscó

eliminar las inequidades del sistema que otorgaban condiciones favorables de jubilación a algunos sectores de empresas públicas y privadas.

Ahora con respecto al derecho a la pensión el acto legislativo trae unas reglas pensionales sobre el derecho a la pensión, veamos entonces, cuales son y cuales son sus alcances:

- i. El derecho a pensión se causa con edad, tiempo o cotización (en prima media).
- ii. El derecho a pensión se causa con “capital necesario” (en ahorro individual).
- iii. La ley puede señalar otras condiciones, lo que no es una patente para que el legislador pueda llegar a introducir cualquier cosa so pretexto de señalar condiciones para la obtención de la pensión, la corte ha dicho que no se puede dar cualquier alcance a este precepto, como cuando reviso la constitucionalidad de frases como la de la ley 797 donde para otorgar la pensión al hijo estudiante podía depender de otras condiciones como el desempeño académico (Corte, C-451 de 2005), la corte dijo no, aquí claramente hay un exceso. Con lo cual podemos sin lugar a duda anotar que no es verdad que se puedan verter sobre la normatividad pensional cualquier tipo de disposiciones, sino que lo podrá hacer dentro de la idea de no desvirtuar el sentido del derecho pensional. Con lo que no podemos penar que esta frase se pueda usar a la ligera como lo querrían alguno funcionarios del ministerio de hacienda.

- iv. Los requisitos o condiciones pensionales solo se fijan en “las leyes del sistema general de pensiones”, lo que nos dice que no podemos generar “categorías especiales” para favorecer a unos pocos, y muy por el contrario cuando el legislador este legislando sobre derechos pensionales lo deberá hacer de manera general sobre todo el sistema pensional respecto de todo el sistema y no tangencialmente, ya que esos esfuerzos normativos tangenciales violarían un principio constitucional que la Corte Constitucional ha destacado ampliamente que es el principio de “unidad de materia” (Corte, Sentencia C-1344 de 2000)

- v. Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta las cotizaciones o los montos sobre los cuales cada persona hubiere hecho a su fondo de pensión, y con lo reglamentado para este fin en el sistema general de pensiones. Con lo que nos encontramos con una constitucionalización de una regla legal vigente.

- vi. No habrá pensiones inferiores al salario mínimo, para entender esta norma, que es relativamente obvia hay que decir que la preocupación del ministerio de hacienda era que se dijera que podía haber pensiones inferiores al mínimo, pero fue mandato del constituyente que no podría establecerse ni pagarse a quien obtuviera la pensión con arreglo a la ley el que está fuera inferior a un salario mínimo mensual vigente al momento de reconocerse el derecho. Tal como ha quedado consagrado a nivel normativo (ley 100 de 1993, artículo 18, modificado por el artículo 5 de la ley 797 de 2003). Y revisado por la Corte Constitucional en sentencia C-087 de 1997.

- vii. Puede haber beneficios inferiores al mínimo para quienes no tengan derecho a pensión, es decir, pensiones inferiores al mínimo no puede haber, luego para personas quienes no tengan los requisitos de ley el estado en vez de darle una pensión sustitutiva, pueda darle un auxilio pensional inferior al mínimo, lo que resultaría mejor que darle un dinero único o en una única vez y con auxilios que se darían con cargo al fondo de solidaridad pensional, esto en el entendido de que no podrá haber PENSIONES inferiores al mínimo.
- viii. La mesada 14, establecida por la ley 100 de manera general, una mesada que nadie estaba pidiendo al momento de instituir la Art. 142 de la ley 100 de 1993, la mayor contradicción al principio fue en la sentencia de constitucionalidad haber generalizado la mesada 14 para todos los regímenes sin haber tenido en cuenta la disposición presupuestal. Acierto del acto legislativo al tumbar la mesada 14, en un país donde todo el mundo pide, nos encontramos con la mesada 14 una mesada que nadie estaba pidiendo, y que era una mesada que se debía pagar en el mes de junio respecto de las pensiones causadas y reconocidas antes del 1º de enero de 1988. La norma fue demandada ante la Corte Constitucional por ser violatoria del principio de igualdad (Corte, Sentencia C-409 de 1994). Pero en esta sentencia no se procedió a decidir sobre declarar la inexecutable de la norma, sino que decidió retirar del ordenamiento jurídico el elemento restrictor, es decir, la aplicación de la mesada solamente a los pensionados anteriores a 1988. Al hacerlo, la mesada de junio se generalizó en forma no prevista para su financiación, generando así un impacto fiscal significativo (Carrillo, 2005). Con lo que el acto legislativo 01 de 2005 previó su eliminación, conforme a las siguientes reglas:
- Las pensiones que se han causado antes del acto legislativo y se les está efectuando el pago de la mesada catorce (14) la

conservan de manera vitalicia, por aquello de la honra a los derechos adquiridos.

- Las pensiones cuyo derecho se cause (es decir, “*cuando se cumplan todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento*”) a partir del acto legislativo y cuya cuantía sea superior a tres (3) salarios mínimos, solo tendrá trece (13) mesadas al año, es decir, que desaparece para esas pensiones la mesada de junio o “mesada 14”.
- Las pensiones iguales o inferiores a tres (3) salarios mínimos, causadas hasta el 31 de julio de 2011, tendrán catorce (14) mesadas. Desde esa fecha en adelante desaparece para estas pensiones la mesada adicional de junio.

- ix. El límite máximo del monto de las pensiones, dice el acto legislativo que a partir de 2010 no podrán causarse con cargo al estado pensiones con montos superiores a 25 salarios mínimos mensuales vigentes, las pensiones de este régimen se han caracterizado por tener cuantía máxima. Este límite ha cambiado con el tiempo: inicialmente la ley 4ª de 1976 dispuso que ninguna pensión sería superior a 22 salarios mínimos vigentes. Posteriormente la ley 71 de 1988 fijo en 15 salarios mínimos el monto máximo. En la ley 100 de 1993 se dispuso que el monto máximo sería de 20 salarios mínimos legales.

Actualmente, por disposición de la ley 797 de 2003, el monto máximo de la pensión no podrá exceder los 25 salarios mínimos legales. Esa regla quedo fijada en la norma sobre la base máxima de cotización: está será de 25 salarios mínimos legales, la ley señaló que cuando se devenguen salarios por encima de este tope 25 salarios mínimos legales, el gobierno reglamentara las cotizaciones (puede hacerlo

hasta 45 salarios mínimos), pero en todo caso “para garantizar las pensiones será hasta 25 salarios mínimos legales” (ley 100 de 1993 artículo 18, modificado por el artículo 5 de la ley 797 de 2003). Con lo que nos encontramos nuevamente con una constitucionalización de una norma legal vigente.

5.3 REGÍMENES EXCEPTUADOS Y ESPECIALES

Existe un problema conceptual, y es que los regímenes exceptuados si están definidos y son los que definió 279 de la ley 100 de 1993, pero con las modificación que efectúa la ley 797 donde aclara que solo están vinculados los anteriores a la ley 797, ya que los que se vincules después de esta serán de régimen general

5.3.1 Regímenes Exceptuados

La ley 100 (artículo 279), señalo, los sectores excluidos de la aplicación todo el sistema integral de la seguridad social, de modo que a estos sectores no se les aplica ninguno de los sistemas originados en la ley que se elevó a rango constitucional por medio del acto legislativo motivo del presente análisis (pensiones, salud y riesgos profesionales).

La misma ley 100 de 1993, en el sistema de pensiones, dispuso que este sistema “con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional”, con la modificación introducida a esta norma por la ley 797 de 2003, se cambió la redacción para indicar que “El sistema general de pensiones consagrado en

la presente ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional”, lo que pareciera dar a entender que desaparecieron la excepciones. En realidad la vigencia de los sectores excluidos no esta en duda y la nueva redacción debe entenderse en el entendido de que el artículo 279 de la ley 100 de 1993 se encuentra a un vigente.

Los sectores excluidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993:

- i. Las fuerzas militares y la policía nacional.
- ii. El personal civil al servicio de las fuerzas militares y de policía, vinculados, vinculados antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 (23 de diciembre de 1993)
- iii. El magisterio oficial afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.
- iv. Los servidores públicos de de Ecopetrol, vinculados antes de la expedición de la ley 797 de 2003.

5.3.2 Regímenes Especiales.

Los regímenes especiales de pensión de vejez o jubilación son, de una parte, los que contempló expresamente la Ley 100; los que existían antes de la Ley 100 y se considera que no fueron derogados por ésta; los que se derivan del régimen de transición pensional; y también los que se han contemplado en leyes posteriores a la Ley 100 de 1993.

5.3.2.1 Régimen de pensión para servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo. Este régimen tiene su fuente en el artículo 140 de la Ley 100, donde se indicó que *"el Gobierno nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto*

riesgo". Fue desarrollado en el Decreto 1835 de 1994 y en ese régimen se contemplaron diversas actividades de alto riesgo en el servicio público. Este régimen fue derogado por el Decreto Ley 2090 de 2003, el cual unificó en un solo estatuto las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, con las actividades de alto riesgo para la salud, en la forma que se explica en el punto siguiente.

No obstante, de ese grupo original el único sector que conservó tratamiento pensional autónomo fue el de algunos empleados del Departamento administrativo de Seguridad DAS. La Ley 860 de 2003 (art. 2º) dispuso nuevas reglas para ese régimen pensional especial, así como el Decreto Ley 2091 de 2003.

5.3.2.2 Régimen de pensión para trabajadores en actividades de alto riesgo para la salud. Este régimen se origina en las facultades que al Gobierno le concedió el artículo 139 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, para "*determinar, atendiendo a criterios técnico-científicos y de salud ocupacional, las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador*".

La reglamentación de este régimen se hizo en el Decreto 1281 de 1994, en el cual se contemplaron las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores y, se fijaron las condiciones especiales de pensión de vejez. Este decreto fue derogado expresamente por el Decreto Ley 2090 de 2003.

El Decreto Ley 2090 de 2003 constituye el estatuto vigente para las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores. Define como tales las contempladas en el estatuto anterior y agrega las correspondientes

a servidores públicos en actividades de alto riesgo. La nueva enumeración de actividades es la siguiente:

- i. Trabajos en minería de socavones.
- ii. Trabajos que impliquen exposición a altas temperaturas
- iii. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes
- iv. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas
- v. En la Acromática Civil o entidad correspondiente, los técnicos con funciones de controlador de tránsito aéreo
- vi. En los cuerpos de bomberos, la actividad relacionada con la operación de extinción de incendios
- vii. En el INPEC, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria. Para acceder a este régimen se requiere estar afiliado al régimen de prima media y efectuar la cotización especial prevista (es decir, la prevista en el régimen general más 10 puntos adicionales a cargo del empleador) durante por lo menos 700 semanas.

La pensión se reconoce con el número de semanas "*al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*" (con lo cual se crean grandes confusiones, pues allí se contempla la remisión al "*régimen anterior*" que corresponda) y con 55 años de edad (pero con disminución de un año por cada 60 semanas adicionales a las mínimas requeridas).

5.3.2.3 Régimen de pensión para los aviadores civiles. Originado en las normas de la Ley 32 de 1961 y el Decreto 60 de 1973, este régimen pensional especial contemplaba la pensión de vejez de los aviadores a cargo de una entidad de seguridad social privada (la Caja de Auxilios y

Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles). Dentro de los propósitos unificadores de la Ley 100 de 1993 se concedieron facultades al Gobierno para "*armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles (...)*" (art. 139, numeral 2º).

El desarrollo reglamentario de este régimen no tuvo en cuenta la especial naturaleza de la actividad aeronáutica ni el carácter excluido de la afiliación al Seguro Social que tuvieron las empresas de aviación, en razón de tener entidad propia. Los Decretos 1282 y 1302 de 1994 extendieron a los aviadores las reglas generales de pensión de la Ley 100 y la libre escogencia de régimen, respecto de los que ingresen a partir de la vigencia del sistema general de pensiones (1º de abr. de 1994). Para los aviadores sujetos al régimen de transición de la Ley 100 se aplican las normas del régimen que se les venía aplicando; y para los sujetos de las "pensiones especiales transitorias" contempladas en los decretos, se aplican reglas especiales; estos dos grupos de pensiones se conservaron a cargo de Caxdac.

5.3.2.4 Régimen de pensión para los periodistas. Los periodistas tenían desde antes de la Ley 100 un régimen especial de pensiones de jubilación. La Ley 37 de 1973 había dispuesto que tendrían derecho a pensión con el cumplimiento de 30 años de servicios continuos o discontinuos, sin tener en cuenta la edad.

Al expedirse la Ley 100, en la misma norma de facultades al Gobierno, (art. 139, numeral 2º) se indicó que él debía armonizar, entre otras, las normas que rigen para "*los periodistas con tarjeta profesional*".

El Decreto 1281 de 1994 (el mismo que contempló originalmente las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores) contenía un capítulo sobre pensiones especiales para periodistas. Los decretos 1837 de 1994, 1388 de 1995 y 1548 de 1998 introdujeron modificaciones a ese régimen. Todas estas normas fueron derogadas por el Decreto Ley 2090 de 2003, con el cual desaparece el régimen pensional especial de los periodistas.

5.3.2.5 Régimen de pensión de los servidores *municipales o departamentales*. En virtud de la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 se reconoció vigencia a las situaciones jurídicas definidas antes de la expedición de la misma, con base en disposiciones departamentales o municipales respecto de pensiones de jubilación extralegales.

La norma incluso iba más lejos, al declarar que esos regímenes serían aplicables no solamente a los servidores públicos que hubieran cumplido los requisitos respectivos antes de la Ley 100 de 1993, sino también a quienes "*cumplan dentro de los dos (2) años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas*". Esta última extensión claramente arbitraria y violatoria de la igualdad constitucional (Corte, Sentencia. C-410 de 1997).

5.3.2.6 Régimen de pensión de deportistas destacados. La Ley 100 de 1993 previó que el gobierno podría garantizar pensión de vejez a "*los deportistas de escasos recursos, que obtengan medallas en los juegos olímpicos de verano del Comité Olímpico Internacional y en los campeonatos mundiales*", aunque curiosamente se exigía que "*deberán*

cumplir con los requisitos para adquirir el mencionado derecho de acuerdo con la ley", lo que no representaba ventaja ni excepción alguna (art. 148).

La idea de las pensiones para deportistas destacados a nivel internacional se concretó posteriormente en la Ley 181 de 1995 con el nombre de *"pensión para glorias del deporte nacional"*, entendiéndose por tales *"quienes hayan sido medallistas en campeonatos mundiales oficiales reconocidos por el Comité Olímpico Colombiano o medallistas de juegos olímpicos"*. De conformidad con la reglamentación vigente (Decreto 1083 de 1997), para tener derecho a la pensión se requiere, además de la obtención del campeonato o medalla respectiva, haber cumplido 50 años de edad y no tener ingresos superiores a cuatro o más salarios mínimos mensuales. Estas pensiones tienen mesadas adicionales de junio y diciembre, pero no dan derecho a sustitución o pensión de sobrevivientes.

5.3.2.7 Régimen de pensión de Congresistas y del Fondo de Previsión Social del Congreso. El Fondo de Previsión Social del Congreso fue creado por la Ley 33 de 1985 y reglamentado por el Decreto 2508 de 1989 como un establecimiento público nacional que tendría la función principal de efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los Congresistas, de los empleados del Congreso y de los empleados del mismo fondo.

En ese contexto, el régimen pensional de los Congresistas tiene su fuente en la Ley 4ª de 1992, que señaló los criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. De conformidad con el artículo 17 de esta ley, el gobierno quedó facultado para *"establecer un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones" para los Congresistas, las cuales "no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio*

que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista". En parágrafo se dispuso que la liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones "se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores, en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva".

En desarrollo de esta delegación, el Gobierno Nacional estableció, pocas semanas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 1359 de 1993 en su artículo 7º, las reglas de pensión de jubilación de los Congresistas, en los siguientes términos:

"Cuando quienes en su condición de senadores o representantes a la cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985⁹, y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los haya cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, (Esta norma contemplo la jubilación por aportes, mediante acumulación de cotizaciones a entidades de previsión de cualquier orden y también al Instituto de Seguros Sociales), tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio (Corte, Sentencia C-608 de 1999)', de conformidad con lo establecido en los artículos 5º y 6º del presente decreto.

PAR.- Para efectos de lo previsto en el presente decreto y en especial de la pensión vitalicia de jubilación, las sesiones ordinarias o extraordinarias del Senado y la Cámara de Representantes en cada

⁹ La citada norma se refiere a la edad de 50 años para las mujeres y 55 años para los varones

legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones, como si el congresista hubiera percibido durante los doce meses del respectivo año calendario idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en tiempo de sesiones. Si las corporaciones públicas no se hubieren reunido por cualquier causa, se aplicará el presente párrafo para los efectos de tiempo y asignación como si dichas corporaciones hubiesen estado reunidas.

Con la expedición de la Ley 100, pese a las limitaciones que se establecieron con respecto a las cajas, fondos o entidades de previsión, se mantuvo la vigencia de la entidad de seguridad social del Congreso, en los siguientes términos: *"El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, creado por la Ley 33 de 1985, continuará siendo responsable del reconocimiento y pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivientes, y de los servicios de salud de los congresistas y de los empleados del Congreso y del Fondo que aporten para los sistemas de pensiones y de salud de conformidad con las normas de la presente ley"* (art. 130, inc. final).

5.3.2.8 Régimen de pensión de ex Presidentes de la República. El régimen de pensión de los ex presidentes de la República, aunque tiene diversos antecedenos legislativos, fue establecido por la Ley 53 de 1978 en su artículo 3º, como una pensión vitalicia para todos los ciudadanos que hayan ejercido el cargo de Presidente de la República. La cuantía se fijó en los siguientes términos: *"La pensión de los ex presidentes de la República equivaldrá a la asignación mensual que por todo concepto corresponda a los senadores y representantes"*.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, surgió la duda acerca de la vigencia de esta pensión, así como de su constitucionalidad. Y se señaló que esa pensión se encontraba vigente después de la Ley 100 de 1993 dado que *"los requisitos de acceso a la pensión de ex presidentes constituya normas muy especiales"*, pues *"la posibilidad concedida a los ex presidentes para pensionarse sin el cumplimiento de los requisitos de tiempo de cotizar y edad comúnmente exigidos, constituye una norma especial que no contraría a la Ley 100, por lo cual no puede entenderse derogada por ella"* (Corte, Sentencia. C-989 de 1999).

Aclarada la vigencia, la Corte estudió la constitucional de este régimen de pensión especial. La norma fue declarada exequible en forma condicionada, con base en una amplia argumentación en torno al decoro y dignidad que debe reconocerse a quien ha tenido la elevada responsabilidad de regir los destinos de la patria. Los condicionamientos se efectuaron sobre dos aspectos:

- i. El primero, respecto de que debe tratarse de ejercicio del cargo de Presidente por el período constitucional o por tiempo menores, pero que razonablemente permita inferir un ejercicio efectivo del cargo.
- ii. El segundo condicionamiento hace referencia a la "asignación" que se ha de tomar en cuenta, para lo cual la Corte se remitió a lo explicado respecto de la asignación de los congresistas, es decir, que deben tomarse solamente las asignaciones que tengan carácter remuneratorio y no otras que corresponden a la dignidad del cargo de Presidente. Además de los condicionamientos indicados, la Corte preciso que esta pensión es a cargo del tesoro público y que los condicionamientos tienen efectos respecto de situaciones que ocurran con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia.

Posteriormente, en la Ley 797 de 2003 que introdujo modificaciones importantes al sistema de pensiones, se facultó al Presidente para expedir, entre otras normas, disposiciones con fuerza de ley "para reformar el régimen pensional del "presidente de la República" (art. 17). El Gobierno hizo uso de las facultades y expidió el Decreto Ley 2092 de 2003. Este decreto señaló que el régimen pensional correspondiente al Presidente de la República sería el contenido en la Ley 100 de 1993, es decir, que esa pensión se regiría por el régimen general.

Las facultades al Gobierno para reformar el régimen pensional de los ex presidentes fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia. C-1056 de 2003) por vicios de trámite. En consecuencia, la regulación que desarrolló las facultades (D. L. 2092 de 2003) igualmente perdió vigencia. En síntesis, el régimen especial de pensión de los ex presidentes se encuentra vigente en la forma explicada.

5.3.2.9 Régimen pensional de magistrados de Altas Cortes. En desarrollo de la *ley 4ª* de 1992, y mediante diversos decretos anuales de revisión salarial en la rama judicial en el Decreto 104 de 1994 en su artículo 28, Decreto 47 de 1995 en su artículo 28, Decreto 34 de 1996 en su artículo 28, Decreto 47 de 1997 en su artículo 25, Decreto 65 de 1998 en su artículo 25, el Gobierno Nacional dispuso que a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los congresistas, en los términos establecidos en las normas vigentes. Igualmente se dispuso que puedan optar por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo señalados para los congresistas.

En otro decreto de revisión salarial anual de la rama judicial el 43 de 1999 en su artículo 25, se introdujo una modificación al régimen de los magistrados de las altas Cortes, al señalar que para tener derecho al régimen de congresistas en pensiones debían haber estado desempeñando el cargo de magistrado a 1° de abril de 1994 y cumplir las condiciones generales para ser sujeto del régimen de transición pensional (Ley 100 de 1993 artículo 36). Es de señalar que La Corte Constitucional, en sentencias de tutela, ha señalado que este último decreto no afecta la situación de los magistrados que cumplieran los requisitos de de Congresistas señalados en el artículo 7° del Decreto 1359/93 (antes transcrito), es decir, que tuvieran 20 años de servicios en los sectores público y privado así como 55 años de edad (ver Sentencia. SU-1354 de 2000).

5.3.2.10 Régimen de pensión para desmovilizados. El artículo 137 de la Ley 100 contempló la posibilidad de obtener pensión de vejez con garantía mínima estatal, con 500 semanas de cotización y las edades de ley, respecto de *"colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro"*. Esta norma no ha tenido ningún desarrollo reglamentario

5.3.3 Tendencias Unificadoras y Extinción Futura de los Regímenes Pensionales Especiales (Arenas, 2007)

Es amplio el debate en el país acerca de la justificación de los regímenes exceptuados y especiales en materia de pensiones. Si bien se considera ideal un tratamiento igualitario, se han encontrado también respetables justificaciones a esos regímenes, ya sea por los riesgos y sacrificios de ciertas actividades (caso de los militares o de los aviadores),

por los logros gremiales que han permitido conservar situaciones favorables (como el magisterio oficial o Ecopetrol), o por razones de dignidad y decoro de ciertas cargos oficiales (como los ex presidentes).

Sobre este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha sido en general insistente en la observancia del principio de igualdad establecido en la Carta Política, ha señalado que *"el legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional"* (Corte, Sentencia C-129 de 1998). En otra ocasión, al examinar la constitucionalidad de los regímenes exceptuados expresó que *"el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado, lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija"* (Corte, Sentencia C-461 de 1995). Ya se han comentado, además, las justificaciones que ha encontrado la Corte para el tratamiento pensional de servidores públicos de las más altas instancias del Estado (congresistas, ex presidentes, magistrados). Ante las dificultades fiscales del país, en los últimos años se debatió en forma insistente en la necesidad de unificar plenamente el régimen pensional y eliminar los regímenes especiales y exceptuados.

Por tanto, en la Ley 797 de 2003 se dieron varios pasos en ese sentido. Se autorizó al Gobierno artículo 17, para reformar algunos de los regímenes especiales ex presidentes, actividades de alto riesgo, DAS y fuerza pública. Aunque algunas de esas facultades fueron declaradas inexequibles por vicios de forma Sentencia C-1056 de 2003, el Gobierno logró que en la

unificación de las actividades de alto nesgo desaparecieron regímenes de escasa justificación como el de periodistas o el de funcionarios de Inravisión y Telecom. También, la Ley 797 avanzó hacia la igualdad al disponer la vinculación al sistema general de los servidores públicos de Ecopetrol, que ingresen a partir de la vigencia de esa ley, como también con la decisión de derogar la pensión especial de los "creadores y gestores de cultura".

Con la expedición del Acto Legislativo N° 1 de 2005 se contempló expresamente la extinción de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, y de cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales del sistema.

Al respecto se fijaron las siguientes reglas:

- i. "A partir de la vigencia del presente acto legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo" (inc. 7°).*
- ii. "Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la fuerza pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, ya vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del sistema general de pensiones expirará el 31 de julio del años 2010" (par. transitorio 2°).*
- iii. "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A*

quienes ingresaron con posterioridad a dicha fecha se les aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes" (par. transitorio 5°).

Los efectos de estas reglas, con respecto a los regímenes pensionales especiales son principalmente los siguientes:

- i. De los regímenes pensionales especiales que se han descrito, el único que continuará vigente en forma indefinida es el aplicable a los ex presidentes, que la norma en forma inapropiada denomina como del "Presidente de la República".*
- ii. El régimen aplicable al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria es el que se dispuso en el párrafo transitorio 5°.*
- iii. Las personas comprendidas en las situaciones normativas de los demás regímenes pensionales especiales, sólo podrán obtener su pensión de conformidad con tales regímenes, si cumplen plenamente los requisitos pensionales hasta el 31 de julio de 2010. Quienes cumplan requisitos con posterioridad a esa fecha, deberán pensionarse conforme a las reglas del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.*

5.4 LOS REQUISITOS DE LAS PENSIONES SON SOLAMENTE LOS LEGALES

¿Que ocurre con los acuerdos, dice el acto legislativo que los requisitos para pensión serán los dictados por este, y que no se pueden invocar disposición, acuerdo o preacuerdos? para apartarse de lo que dice allí, entonces, lo que hace el acto legislativo es fijar como una relativa gradualidad para su desaparición, entonces, lo primero que dice es:

5.4.1 Por Pacto, Convención o Laudo

en caso de pacto, convención, laudo o de acuerdo previa y válidamente celebrado entre partes, y que estén vigentes cuando entre en vigencia este acto administrativo pensional, se mantienen por el termino inicialmente estipulado, esta frase "*termino inicialmente estipulado*" es una de las frases mas polémicas de todo el acto legislativo, hay que ser muy cuidadoso en este asunto ya que una lectura a la ligera propone interpretaciones distintas sobre la frase, porque claro, a mi modo de ver esta mal decir "*termino inicialmente estipulado*", ya que por derecho colectivo sabemos que una convención o pacto tiene prorrogas establecidas en la ley por lo que, regresando al termino así escueto del "*termino inicialmente establecido*", tiende de alguna manera a chocar y no funciona, ya que así venga prorrogada una convención en el entendimiento normativo, se mantiene vigente, ya que si venia rigiendo por otros dos años, porque no hubo pliego de peticiones dos años antes a la entrada en vigencia del acto legislativo entraría a chocar con éste, lo que a mi modo de ver seria o debería decir, "por el termino de vigencia", del Pacto, Convención o Laudo.

5.4.2 Tiempo de los acuerdos hechos en materia pensional

Lo segundo es que los que se acuerden entre el acto legislativo y el 31 de diciembre de 2010 perderán vigencia, esto es común al sector público y privado, SI, lo que significa un gravísimo y constitucional error, además de muy serio, porque esto es muy sensato y razonable para el sector público, pero esta prohibición de hacer acuerdos es claramente violatorio y tendría problemas constitucionales cuando se trata del sector privado, y teniendo en cuenta que la corte ha dicho que si con una norma constitucional se desvertebra el tipo de estado puede haber demanda de tipo constitucional, y teniendo en cuenta que limitar las libertades de suscribir acuerdos es violar el principio de autonomía de la voluntad, lo que lo faculta a uno a poder decir con firmeza pero no sin respeto, que expresiones de este tipo podrían ser propias de un estado totalitario que le decide a los particulares como tienen que comportarse en este punto en particular, con lo que no me queda mas que decir que con respecto a este punto se tendrían dificultades constitucionales respecto del sector privado, pero por supuesto soy de la posición que se deben respetar otras interpretaciones que al respecto de este punto se puedan llegar a dar, ni mas faltaba; ahora bien sobre este punto cabe decir al respecto de los derechos adquiridos que obviamente, ya que tanto se que tanto se menciona en el acto legislativo, Y tendremos el mismo criterio que en las demás normas que no existiría por el estado mas opción que el de respetar dichos acuerdos, convenciones o laudos. A demás que cualquier otra interpretación viola criterios de la propia carta constitucional.

5.4.3 Las conciliaciones en materia derechos concernientes a la seguridad social

En cuanto a las conciliaciones, tendremos que decir que posteriormente al acto no se pueden conciliar derechos concernientes a la seguridad social, con lo que tendremos que hacer uso de un aporte valioso del libro del Dr. Mesa Lagos donde dice, *“no se pueden celebrar conciliaciones para conceder o desconocer una pensión, pero para que un empleador resuelva un pleito o evite un pleito pagando un capital constitutivo de unos periodos no cotizados para completar un bono pensional para que una persona se pensione en el sistema, eso obviamente es valido”* (Mesa, 2001), entonces esta prohibido es crear o establecer mecanismos para crear o conceder pensiones desde el punto de vista extra legal, entonces, conciliaciones anteriores al acto legislativo adquieren plena validez, mejor conservan su validez.

5.5 REVISIÓN DE PENSIONES SIN REQUISITOS

La ley fija unas reglas para permitir que se revisen pensiones sin los requisitos, como lo están en las leyes 712 reforma al código procesal laboral y 797 reforma pensional que creo una regla particular; lo que si no se fijan es las revisiones con abuso del derecho pensional, porque esta seria una pensión injusta a todas luces, pero, completamente legal y refiriéndonos a la norma hoy una pensión por injusta que sea hay que pagarla, por lo que, la ley tendría que definir lo que son pensiones con abuso del derecho para poder desarrollar esta restricción. Lo que necesitaría trabajar legislativamente al respecto.

5.6 El Régimen de Transición Pensional (Arenas, 2007)

La idea del régimen de transición es fijar reglas sobre cambios normativos en materia de pensiones, la idea entonces es no afectar a quienes estaban muy cerca a cumplir requisitos, por lo tanto, estrictamente régimen de transición no es lo mismo que derecho adquirido, por lo que la ley 100 de 1993 dijo que se respetaban los derechos adquiridos en pensiones y como también quien tendría derecho adquirido en pensiones, dijo que tendrían derecho adquirido en materia pensional los que ya habían cumplido requisitos de pensión cuando salió la ley 100 de 1993 y obviamente los pensionados a la entrada en vigencia de la misma ley, lo que para ellos significa que su derecho es intocable dijo la antes referida ley.

Entonces el régimen de transición no se ocupa de quien tendría en el momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, sino, de quienes se encontraban cerca de cumplir requisitos, ese es el sentido de la transición y lo vemos en el artículo 36 de la ley 100, es que la regulación del régimen de transición que de algún modo combina reglas de la nueva ley y reglas de la ley anterior.

La exposición total del régimen de transición sería un poco extensa, pero para efectos del presente trabajo haré una aproximación a este régimen y lo haré teniendo en cuenta que juega en un periodo cercano un papel importante en cuanto a los recursos necesarios haciendo referencia de lo determinado dentro del acto legislativo como principio de sostenibilidad financiera, y se le puede hallar tal importancia al tener en cuenta que el mismo acto legislativo motivo de estudio, hace un desmonte

de este régimen, desmante que se completará en el año 2014 cuando el mismo régimen de transición completara 20 años de rigor.

En esta parte de este capítulo la desglosaremos así:

- i. Que es el régimen de transición
- ii. Que son derechos adquiridos
- iii. Que se necesita para ser sujeto de transición
- iv. Como regula la transición la ley 100 de 1992
- v. Que ocurrió con este tema en el acto legislativo

5.6.1 Que es el Régimen de Transición

Haciendo claridad sobre lo que es el régimen de transición tenemos que decir, entonces, que este régimen no se ocupa de quien tendría en el momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, sino, de quienes se encontraban en este momento cerca de cumplir requisitos establecidos para obtener su pensión, ese es el sentido de la transición y una consecuencia y lo vemos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para efectos prácticos, sería como decir, que la regulación del régimen de transición combina reglas de la nueva ley y reglas de la ley anterior, lo que inmediatamente marca diferencias con los derechos adquiridos, con lo que para precisar tendríamos que decir que, si fuera derecho adquirido eso no sería posible ya que este me obliga a remitirme totalmente a la norma anterior. Pero también es importante aclarar que, es cierto que derecho adquirido y transición no es lo mismo, pero de esa afirmación no se sigue que una vez establecido el derecho adquirido, lo que no es, lo podamos modificar cuantas veces queramos con el entendido que no está adquirido.

5.6.2 Derechos Adquiridos en cuanto a pensiones

En ocasiones suele hablarse indistintamente de "*derechos adquiridos*" y "*de régimen de transición*" como si se tratara del mismo asunto. Por ello es necesario hacer la precisión de qué son los derechos adquiridos y cuáles son sus efectos, así como los alcances de un régimen de transición propiamente dicho.

El concepto de derechos adquiridos tiene una amplia tradición en el lenguaje jurídico. Una interesante síntesis de planteamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre esta noción fue recogida por la Corte Constitucional:

“Se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente” (Corte, Sentencia C-168 de 1995).

Cuando se trata de derechos que se adquieren en un momento único, resulta relativamente fácil saber si ese derecho se ha radicado en cabeza de un sujeto de derecho. En tal caso, hay relativa certeza acerca de cuándo puede hablarse de "derecho adquirido". En cambio, cuando se trata de derechos que se adquieren en el transcurso del tiempo, como es precisamente el caso de las pensiones, la ley misma debe señalar criterios para establecer con certeza cuándo se ha adquirido plenamente ese

derecho pensional, o cuando se trata de una simple expectativa, de ello que se puede traer en este aspecto:

“Ajusta mejor a la técnica denominar “situación jurídica concreta o subjetiva”, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución...y “situación jurídica abstracta u objetiva” a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona.”
(Corte Suprema, Sentencia de 12 de diciembre de 1974).

Respecto del sistema de pensiones, la misma Ley 100 de 1993 dispuso los siguientes criterios sobre el respeto a los derechos adquiridos (Corte, Sentencia C-168 de 1995)

- i. Se reiteró el criterio de respeto a los derechos adquiridos con una amplia formulación: la norma expresa la aplicación general de la ley, "conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores (...)"
- ii. Se definió a quiénes cobija ese criterio de derechos adquiridos, tomando como referencia "la fecha de vigencia de esta Ley" (L. 100 de 1993), respecto de la cual la norma señaló dos grupos de personas: De una parte, "quienes (...) hayan cumplido los requisitos

para acceder a una pensión"; y en segundo lugar, quienes "se encuentren pensionados".

- iii. Para efecto de los derechos adquiridos en materia de pensiones, la protección a quienes han cumplido requisitos o se encuentran pensionados, hace referencia a cualquier tipo de pensión prevista en la legislación anterior: ya sea "por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general".
- iv. Finalmente, el respeto a los derechos adquiridos tiene en cuenta también la fuente normativa de los mismos: puede tratarse tanto de pensiones previstas en el ordenamiento legal (*disposiciones normativas anteriores*), como de pensiones de fuente extralegal (*pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo*).

5.6.3 Que se Necesita Para Ser Sujeto de Transición

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quienes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto el artículo 36 de la Ley 100 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición *las personas que al entrar en vigencia el sistema (1º de abril de 1994) tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) años o más de servicios cotizados*. Esta identificación de los sujetos del régimen de transición permite el siguiente análisis:

- i. Para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla uno de los requisitos indicados "al entrar en vigencia el sistema", es decir, por regla general el 1° de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995 (L. 100, art. 151).
- ii. Para ser sujeto del régimen de transición pensional no se requiere cumplir el requisito de edad y el de servicios o cotizaciones, sino tan solo uno de ellos: por eso la norma tiene una redacción disyuntiva: basta el requisito de edad (35 o 40 años) o el requisito de servicios o cotizaciones (15 o más años). En el mismo sentido se dispuso en la norma reglamentaria, aunque con redacción diferente: menciona los dos requisitos (edad y servicios o cotizaciones) señalando que las personas deben cumplir "alguno" de ellos (Decreto 813/94, art. 2°).
- iii. También es claro que en el requisito de edad, la diferencia establecida entre hombres y mujeres para ser sujeto de transición, al igual que en la pensión de vejez, fue declarada conforme a la Constitución (Sentencia C-410 de 1994).
- iv. Respecto de la expresión "servicios cotizados", que es ciertamente imprecisa, es claro que alude a tiempos de cotización como también a servicios prestados (particularmente en el sector público donde no siempre se cotizaba). La norma reglamentaria se refiere con mayor propiedad a este requisito como "haber cotizado o prestado servicios" (Decreto 813/ de 1994, art. 2°).

5.6.4 Como Regulo la Transición la Ley 100 de 1993

5.6.4.1 Las Reglas del Régimen de Transición

5.6.4.1.1 Primera regla: Los requisitos generales de la pensión: respecto de las personas que se describen como sujetos del régimen de transición se expone como primera regla lo expuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

Es claro entonces que los requisitos generales de la pensión (es decir, edad, tiempo y monto de la pensión), para los sujetos del régimen de transición, se remiten al *"régimen anterior"*. En consecuencia:

- i. La *edad* para tener derecho a la pensión es la que se contempla en el respectivo régimen anterior que se pretende invocar.
- ii. El *tiempo de servicios o cotizaciones* es el que exige el respectivo régimen anterior, servido o cotizado. En principio, entonces, no es posible invocar la aplicación del régimen de transición si no se tiene el tiempo mínimo de servicios o cotizaciones correspondiente al régimen anterior que se pretende aplicar; por ejemplo, no se puede invocar el régimen de transición del sector público, ya sea el general o uno especial, sin el tiempo de servicios requerido en ese régimen. Pero sí es posible, porque así lo permite uno de los regímenes anteriores

(régimen de transición de la L. 71/98) invocar ante el Seguro Social que se sumen cotizaciones a ese instituto, con tiempos de servicios oficiales y con aportes a cajas de previsión.

- iii. El *monto* de la pensión hace alusión al porcentaje con que se liquida la pensión, y es el señalado en el respectivo régimen anterior. Pero hay toda una discusión jurisprudencial en torno a cuál es el "ingreso base" al cual se aplica el porcentaje, aspecto que se explica más adelante.

La remisión al "*régimen anterior*" pone en evidencia que antes de la Ley 100 no existe propiamente un régimen anterior, sino múltiples regímenes anteriores. A continuación se describen los requisitos generales de la pensión en los principales regímenes anteriores a la Ley 100, señalando en cada uno de ellos la fuente normativa, los sujetos de la aplicación respectiva, los requisitos de pensión y el monto o porcentaje de la misma.

5.6.4.1.1.1 El Régimen Anterior de los Trabajadores Particulares No Afiliados al Seguro Social:

- i. Normatividad: Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.
- ii. A quienes se aplica: A los trabajadores particulares que no hubieren sido llamados a inscripción al seguro social desde que el Instituto asumió el seguro de invalidez, vejez y muerte.
- iii. Edad pensional: 50 años (mujeres) o 55 años (hombres).
- iv. Tiempo: Veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al mismo empleador.
- v. Monto o porcentaje de pensión: 75%.

5.6.4.1.1.2 El régimen anterior del Seguro Social

- i. Normatividad: Acuerdo 049 de 1990 del ISS (aprobado por D. 758 de 1990)
- ii. A quienes se aplica: A los trabajadores particulares (excepcionalmente los trabajadores oficiales) que hayan sido afiliados al ISS y hubieren cotizados para el seguro de invalidez, vejez y muerte del Instituto.
- iii. Edad: 55 años (mujeres) y 60 años (hombres).
- iv. Tiempo: Por regla general, un mínimo de 1000 semanas de cotización, en cualquier tiempo. Excepcionalmente, un mínimo de 500 semanas de cotización cotizadas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas (es decir, los hombres que hubieren cotizado 500 semanas entre los 40 y los 60 años de edad, y las mujeres que hubieren cotizado ese mismo número de semanas entre los 35 y los 55 años de edad).
- v. Monto o porcentaje de pensión: Un monto variable según las cotizaciones así: por 500 semanas el 45% y por 1000 semanas el 75%. Si hay una mayor necesidad de cotizaciones, la pensión puede llegar al 90%.

5.6.4.1.1.3 El régimen anterior del sector público

- i. Normatividad: Ley 33 de 1985, artículo 1°.
- ii. A quienes se aplica: A los "empleados oficiales" (es decir, a los empleados públicos y trabajadores oficiales) tanto del nivel nacional como del nivel territorial, con excepción de los regímenes especiales de pensión (Corte Suprema, sentencia de marzo de 2003 (Rad.18.232).

- iii. Edad: 55 años, unificada para hombres y mujeres.
Excepcionalmente, 50 años para las mujeres (si tenían 15 años de servicios oficiales al entrar en vigencia la Ley. 33 /1985 por remisión de ésta al régimen anterior).
- iv. Tiempo: 20 años de servicios oficiales, continuos o discontinuos.
- v. Monto o porcentaje de pensión: El 75%

5.6.4.1.1.4 El régimen anterior por aplicación de la Ley 71 de 1988 (Quintero, 2006)

- i. Normatividad: Ley 71 de 1988, art. 7º, Decreto 1160 de 1988 y Decreto 2709 de 1994.
- ii. Edad: 60 años (hombres) y 55 años (mujeres).
- iii. Tiempo: 20 años sumados de aportes sufragados en cualquier tiempo a entidades de previsión de cualquier orden, junto con cotizaciones al Seguro Social.
- iv. Monto: 75%

5.6.4.1.1.5 Otros regímenes anteriores del sector público. Otros regímenes de transición existentes en el sector público son: el de docentes oficiales, el de los congresistas, el de la rama judicial y ministerio público, etc. (Quintero, 2006)

5.6.4.1.2 Segunda regla: El ingreso base para liquidar la pensión: esta segunda regla dentro del régimen de transición pensional es la que debemos tener en cuenta cuando de ingreso base de para liquidar pensión se trata, es decir, la base a la cual se aplica el monto o porcentaje que se ha descrito en la primera regla.

En este punto hay una aparente contradicción en el artículo 36 de la Ley 100, entre el inciso 2°, que remite para el "monto" al régimen anterior, y el inciso 3° precisa cómo se calcula el "ingreso base" para liquidar la pensión, señalando una regla propia del régimen de transición, cuyo texto es el siguiente:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez, de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Acerca de la posible contradicción entre si el ingreso base de liquidación de la pensión forma parte del "monto" (y por lo tanto se remite al régimen anterior) o si se trata de una regla expresa (y por lo tanto se aplica el inciso que se ha transcrito), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo de Estado han expresado puntos de vista divergentes. A continuación se explica esa discrepancia.

5.6.4.1.2.1 Tesis del Consejo de Estado. El Consejo de Estado sostiene la tesis de que el ingreso base para liquidar la pensión es el mismo monto, es decir, que la remisión al régimen anterior en cuanto al "monto", implica no solamente remitirse al régimen anterior respecto al porcentaje de pensión sino también en cuanto a la base de dicho porcentaje.

Por ejemplo, la pensión en régimen de transición de un servidor público nacional se liquidaría con el monto del 75% del promedio de lo devengado en el último año.

Esta tesis ha sido expuesta por el Consejo de Estado en varias providencias. En una de ellas (Consejo de estado, Sentencia de 21 de septiembre de 2000), la Corporación señaló:

"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión no es sólo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°; puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.

5.6.4.1.2.2 Tesis de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha sostenido que el "monto" de la pensión que se remite al régimen anterior, es el porcentaje respectivo del "ingreso base"; y que el ingreso base es el definido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100. La Sala ha considerado lo siguiente. (Corte suprema, Sentencia de marzo 27 de 1998 (Rad.10.440))

“Es por eso que, en principio, lo atinente al ingreso base para liquidar la pensión por vejez quedó gobernado por el nuevo régimen, salvo para quienes a la fecha en que éste entró en vigor (1 ° de abril de 1994), les faltaren menos de 10 años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o de cotizaciones, según el caso.

Lo anterior permite colegir que, con prescindencia de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que los unió con su empleador, el ingreso base de liquidación de pensión por vejez de quienes al primero de abril de 1994 (fecha de vigencia del sistema general de pensiones) les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, así este sea inferior a dos año, "será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor", con lo que preserva la igualdad de regímenes resultante de la sentencia de inconstitucionalidad”.

5.6.4.1.2.3 Otros aspectos Aparte de la discusión anterior, que en la práctica se resuelve según la jurisdicción que deba conocer del asunto, es importante analizar la manera en que se aplica la norma sobre el ingreso base para liquidar la pensión.

El inciso 3° del artículo 36 que se viene analizando hace referencia al ingreso base de liquidación para las personas a las cuales les faltare menos

de diez años para adquirir el derecho. Es preciso entonces distinguir dos situaciones:

- i. El ingreso base de liquidación de la pensión de las *personas a las que leí faltan menos de diez años para adquirir el derecho* cuando entró en vigencia el sistema (por regla general el 1° de abril de 1994) será por regla general "el pro medio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta [...] actualizado anualmente".

El ingreso base de liquidación de la pensión de las *personas a las que les faltan más de diez años para adquirir el derecho* cuando entró en vigencia el sistema (por regla general el 1° de abril de 1994) será, a falta de regla expresa en la norma de transición, el que corresponde como criterio general, es decir, "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión [...] actualizados anualmente" (L. 100, art. 21).

En uno u otro caso, la manera práctica de proceder para el cálculo referido es la siguiente: la persona debe analizar en la fecha de referencia (1° de abril de 1994) cuanto tiempo le hacía falta para obtener su pensión, tanto en edad como en tiempo de cotización: el más lejano de los dos requisitos es el tiempo faltante: si eran menos de diez años, la pensión se liquida con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para pensionarse; y si eran más de diez años, la pensión se liquida con el promedio de cotización de los últimos diez años.

Desde luego, ese cálculo no puede hacerse sino a la finalización de la vida laboral, es decir, cuando la persona se va a pensionar, pues esos promedios sólo pueden calcularse, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, contando desde la última cotización hacia atrás el tiempo correspondiente.

5.6.4.1.3 Tercera regla: Las demás condiciones y requisitos de la pensión: La Ley 100 trae una tercera regla para el cálculo de las pensiones del régimen de transición. Esa regla está contenida al final del segundo inciso del artículo 36 en los siguientes términos:

“Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Esta regla implica, en consecuencia, que todo lo que no sea edad, tiempo, monto e ingreso base, de los sujetos del régimen de transición, se rige por lo dispuesto en la Ley 100 y no por las normas del respectivo régimen pensional anterior. Tal es el caso, por ejemplo, de la cuantía máxima de la pensión.

5.6.4.2 Entidad responsable del reconocimiento de la pensión en el régimen de transición

Es a simple vista notable el hecho de que el artículo 36 de la Ley 100 de 1992 no señalo nada con respecto a la entidad responsable del reconocimiento de las pensiones del mencionado régimen. En consecuencia, y aplicando los criterios legales anteriores a la Ley 100, el criterio general es que las pensiones deben ser reconocidas por la entidad que debe aplicar el respectivo régimen anterior.

- i. Si se trata del régimen pensional patronal privado, respecto de empleadores que no estaban obligados a afiliarse al Seguro Social antes de la Ley 100, la pensión del régimen de transición debe ser

reconocida por el respectivo empleador privado pagador de pensiones.

- ii. Si se trata del régimen pensional del Seguro Social, la pensión del régimen de transición debe ser reconocida y pagada por el Instituto de Seguros Sociales.
- iii. Si se trata del régimen pensional del sector público, la pensión del régimen de transición debe ser reconocida por la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público cuando cumplió los requisitos de pensión, o en su defecto, la última entidad pública empleadora, por aplicación de la norma que regulaba el tema en el régimen pensional oficial anterior a la Ley 100 (D. R. 1848/69, art. 75).

5.6.4.3 Caso especial de las entidades públicas afiliadas al Seguro Social

Las reglas que se acaban de describir registran variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Se trata de los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos casos, se registra una situación compleja, pues tales trabajadores, cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del

Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100, es decir, el contenido en el último reglamento general del seguro de pensiones que tuvo el ISS antes de la Ley 100 (Acuerdo 049 de 1990, aprobado por D. 758 de 1990). En ese caso, la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas de cotización.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985. En este caso, la pensión se causa con 55 años de edad y 20 años de servicios, y debería ser concedida por la última caja de previsión o por la última entidad oficial empleadora.

Una tercera posibilidad sería que el Seguro Social estuviera obligado a reconocer las pensiones del régimen de transición oficial (en este caso, a los 55 años de edad). Esta posibilidad no cabe, y el Seguro Social lo ha sostenido con éxito en los estrados judiciales, dado que esa entidad no está obligada a reconocer pensiones de transición por fuera de sus reglamentos anteriores a la Ley 100.

Ante la duda conceptual, se produjeron algunos planteamientos aislados del Consejo de Estado, como el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 16 de julio de 1998. En ese Concepto el Consejo de Estado señaló que las pensiones de vejez en las entidades públicas

afiliadas al Seguro Social "está a cargo del Instituto de Seguros Sociales, pues los servidores de aquella entidad están afiliados al ISS desde el año de 1967". Esta doctrina, que además no constituye jurisprudencia propiamente dicha y sólo orienta al gobierno en el caso específicamente consultado, ha sido refutada con posterioridad y de manera reiterada y amplia, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia resolvió el dilema planteado de la siguiente manera:

Efectivamente, el Seguro Social no está obligado a actuar más allá de la legislación que ha regulado sus pensiones, es decir, sus reglamentos anteriores a la Ley 100 o las condiciones de pensión del régimen de prima media que le fijó la Ley 100.

Al trabajador se le debe aplicar el régimen de transición más favorable, que en este caso es el régimen de transición del sector público.

La entidad que debe aplicar ese régimen favorable debe ser la última caja de previsión o la última entidad pública empleadora, por aplicación de las normas anteriores del sector público (D. 1848/1969). Para estos fines, aclaró la Corte, el ISS no puede entenderse como "caja de previsión", de modo que la pensión corresponde a la entidad empleadora.

La pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión del Seguro Social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad

empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre las dos pensiones. El acto de reconocimiento de la pensión, por parte de la entidad pública, debe señalar esta circunstancia de reclamo de la pensión al ISS y de la subrogación correspondiente.

Estos planteamientos pueden verse muy claramente en la sentencia cuyos apartes se transcriben a continuación (Corte suprema, sentencia de julio 29 de 1998.)

"Ya se anotó que el conjunto normativo aplicable al ISS permite colegir que dicho instituto, creado por la Ley 90 de 1946, está facultado para afiliar empleados oficiales (D. 433/71, D. 1650/77, Ac. 044/89 y Ac. 049/90), En los casos específicos mencionados con antelación. Más para los efectos del artículo 1° de la ley últimamente invocada [alude a la Ley 33 de 1985], si bien un trabajador oficial de una empresa, como la aquí demandada, pudo haber estado inscrito en el Seguro Social, no debe entenderse afiliado a una 'caja de previsión social', con la connotación específica que esta expresión tiene en la seguridad social y en la Ley 33 de 1985.

"Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (D. 1650/77, art. 8°). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, ello es posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma.

"En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al ISS, pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta ley, debe ser reconocida y pagada, en principio, por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del

Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al ISS, para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social".

Esta tesis, por demás, ha sido reiterada por la Sala en múltiples ocasiones, como puede verse, por ejemplo, en las sentencias de junio 21 de 2001 (Expediente. 15.877) y octubre 9 de 2002 (Expediente. 18.740).

5.6.5 Que Ocurrió con este Tema en el Acto Legislativo

En 1993 se dictó en materia pensional, el nuevo régimen del sistema general de pensiones, pero no se podía desmejorar las expectativas legítimas propias del régimen normativo de las personas que se encontraban más próximas a cumplir los requisitos de pensión, por lo que en la norma en cuestión en su artículo 36 se establece el régimen de transición que se les aplicara a quienes no están sujetos al cambio normativo.

Con la Ley 100 ocurrió, sin embargo, que al fijar quienes serían sujetos de ese régimen se protegió con el mismo a personas que estaban hacia la mitad de su vida laboral. Ese es, en efecto, la consecuencia de haber permitido que serían sujetos del régimen de transición no solamente

las personas que tuvieran 15 o más años de servicios o cotizaciones (criterio razonable por este aspecto), sino también las personas que tuvieran 35 años de edad (mujeres) o 40 años de edad (hombres).

Sobre este punto se ha dicho lo siguiente en uno de los estudios más completos que se ha escrito sobre el régimen de transición pensional. (Herrera, 2004)

"Este es uno de los aspectos de mayor complejidad en la coordinación económica y equilibrio social propios de una política pensional, pues indispensable resulta sopesar o poner en consonancia la indiscutible protección que ameritan las llamadas expectativas legítimas, con la imperiosa necesidad de prevenir el colapso financiero del sistema.

"Por lo dicho, tan peligroso es que el legislador ignore totalmente la imprescindible equidad natural, como la auto-imposición permanente de una rígida e insalvable atadura a una línea temporal de intangibilidad absoluta de la normatividad precedente. Descendiendo un poco más en lo concreto, aun cuando resulta injurídico y socialmente reprochable que una ley aumente inmediatamente los requisitos de pensionamiento de aquellas personas que están a muy pocos años de cumplir los previstos en la ley que se pretende derogar, tampoco conviene al derecho o a la supervivencia financiera del sistema que la autoridad legislativa o la jurisprudencia constitucional trace para siempre un lindero inflexible de diez o quince años de antigüedad como garantía de inmutabilidad del régimen pensional"

"Pero la anterior referencia, que desde luego no pretende ser un recuento completo, sino simplemente a vía de ejemplo, tiene por objeto resaltar cómo la fijación de una edad de acceso tan precoz al

régimen de transición en 40 (hombres) y 35 (mujeres) años, como la instituyó el artículo en mención, fue generosa y produjo como consecuencia que en la realidad las nuevas condiciones de causación de pensión se aplicaran muchos años después, especialmente para los empleados que provenían del sector público, lo que ha producido como consecuencia que en muchos aspectos, diez años después de su vigencia, la Ley 100 no se haya aplicado, en cuanto a los requisitos de adquisición del derecho para un grupo importante de pensionados".

El asunto, sin embargo, debe examinarse también desde el punto de vista jurídico: ¿una vez fijado el régimen de transición es modificable? Sobre el punto se produjo un fuerte debate, que se dio entre el gobierno (con sus propuestas legislativas de desmonte del régimen de transición) y la rama judicial (principalmente a través de las decisiones de constitucionalidad de esas reformas legislativas). Ese debate de desmonte del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 ha tenido tres grandes momentos, a seguir:

5.6.5.1 Primer momento, la Ley 797 y su inconstitucionalidad

El primer momento del debate sobre la posibilidad de modificar el régimen de transición creado por la Ley 100 se produjo con la expedición de la Ley 797 de 2003 que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional de prima media y se ocupó de desmontar en forma drástica el régimen de transición. El artículo 18 de la Ley 797 modificó el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 en los siguientes términos:

“La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Lo anterior significa que la Ley 797 introdujo un desmonte radical del régimen de transición: de un día para otro los sujetos de ese régimen, que contaban con la aplicación del régimen anterior en los requisitos básicos de su pensión, se encontraron con que se les respetaba solamente la edad del régimen anterior, mientras que todos los demás requisitos y el monto de la pensión pasaban a regirse por la misma Ley 797 que hizo más severas esas variables de la pensión del régimen de prima media

El artículo 18 de la Ley 797 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1056 de 2003. La razón de la inconstitucionalidad fue el haber encontrado la Corte la presencia de vicios de trámite en la aprobación de la norma, por lo cual no fue posible en esa oportunidad conocer en detalle el criterio del tribunal constitucional colombiano sobre la modificación legislativa de un régimen de transición ya establecido. En todo caso, esta primera modificación del régimen de transición quedó retirada del ordenamiento jurídico y las reglas básicas de la transición quedaron vigentes nuevamente en la forma que había dispuesto la Ley 100.

5.6.5.2 segundo momento, la ley 860 y su inconstitucionalidad.

El segundo momento del debate sobre la modificación del régimen de transición pensional se produjo con la expedición de la Ley 860 de 2003. Producida la Sentencia C-1056 de 2003 de la Corte Constitucional, el gobierno insistió en su idea de reformar el régimen de transición y presentó de inmediato un proyecto de ley que se convirtió en la Ley 860. En el punto que nos ocupa la norma (art. 4º) dispuso:

“A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez...será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero de 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el sistema general de pensiones” (...).

Como puede observarse, en esta ocasión la reforma al régimen de transición fue menos drástica que la anterior, pues las reglas de edad, tiempo y monto de la pensión se conservaban hasta diciembre de 2007. A partir del año 2008 el régimen de transición quedaba reducido al respeto de la edad pensional anterior, mientras que las demás condiciones y requisitos de la pensión se regirían por la Ley 100, con las modificaciones introducidas por la Ley 797.

El mencionado artículo 4° de la Ley 860 también fue demandado por inconstitucional. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-754 de 2004 también lo declaró inexecutable.

En esta ocasión, la Corte Constitucional también encontró que en el trámite parlamentario de la aprobación de la norma también se había incurrido en vicios de trámite. Esta vez, además, decidió estudiar las razones de fondo de la demanda. Al decidir, la Corte encontró que existen en la fijación del régimen de transición unas expectativas legítimas que deben ser respetadas, de modo que su modificación resulta contraria a la Constitución. La Corte señaló:

"De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

- Constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.*
- Que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados. y*
- Que los amparados por este régimen si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar*

próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo.

"De dichas consideraciones surge así mismo que no se vulnera el artículo 58 de la Constitución cuando una disposición legal permite que quienes no han adquirido el derecho a la pensión, pero se encontraron temporalmente dentro del régimen de transición, renuncien voluntariamente a él, como quiera que el régimen de transición consagra únicamente la posibilidad de obtener la pensión para aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos por la misma norma (...); pero que no obstante quienes aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo, no pueden perder las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión; por ello la Corte consideró que establecido el régimen de transición, el legislador no podría de manera heterónoma, desconocer la expectativa legítima de quienes están incluidos en él". (Corte, Sentencia C-754 de 2004)

El efecto inmediato de esta sentencia de la Corte Constitucional es que también desaparece del ordenamiento legal la modificación al régimen de transición introducida por la Ley 860, de modo que las condiciones básicas de la pensión de los sujetos del régimen de transición pensional se siguen rigiendo por el régimen anterior, en la forma en que lo dispuso originalmente el artículo 36 de la Ley 100.

5.6.5.3 tercer momento, el acto legislativo 01 de 2005.

El tercer momento del debate sobre la modificación del régimen de transición tuvo un escenario diferente: dado que por la vía de las leyes no era posible modificarlo, el gobierno nacional, en una maniobra que optó por modificarlo mediante una reforma constitucional tramitada por el Congreso, esto es, mediante un Acto Legislativo.

Fue así como el Acto Legislativo No. 1 de 2005, modificadorio en adición del artículo 48 de la Constitución Política, dispuso sobre el particular lo siguiente:

“Parágrafo transitorio 4”. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”. (Diario Oficial N° 45980 de julio 25 de 2005)

Con esta modificación, que implica el desmonte definitivo del régimen de transición pensional, desaparece el debate conceptual acerca de la modificación y se admite que es la propia Constitución la que impone válidamente el desmonte del régimen de transición que se había fijado originalmente en la Ley 100.

Este desmonte del régimen de transición, en consecuencia, está sometido a dos reglas básicas:

- i. En primer término, y como regla general, el régimen de transición pensional pierde vigencia el 31 de julio de 2010. Esto significa que las personas que siendo sujetos del régimen pretendan su aplicación, deben cumplir los requisitos de pensión (edad y tiempo de servicios) del régimen anterior que les sea aplicable, antes de la fecha señalada. En consecuencia, si cumplen tales requisitos después de esa fecha, pierden el régimen de transición y deberán obtener su pensión conforme a las reglas de la Ley 100 y la Ley 797.
- ii. En segundo lugar, la norma constitucional establece una excepción a la regla anterior: las personas que sean sujetos del régimen de transición y además cumplan el requisito de tener cotizadas 750 semanas (o su equivalente en tiempo de servicios) a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, no pierden el régimen de transición el 31 de julio de 2010, sino que éste se extiende "hasta el 2014", esto es, hasta el 31 de diciembre del año 2014, de modo que si cumplen los requisitos pensionales del respectivo régimen anterior hasta antes de ésta última fecha, conservan el régimen de transición; y si los cumplen con posterioridad, lo habrán perdido.

DERECHO, ECONOMÍA Y PENSIONES

6. VIABILIDAD DE LAS TENDENCIAS SOCIOECONÓMICAS Y FISCALES

6.1 Acercamiento a la Conexión Entre Economía y Derecho

La predica académica que propone el vínculo entre economía y derecho como “objetivo” y que no muestra sino el mas grande deseo de que las leyes de la ganancia imperen sobre los derechos de las personas, y teniendo en cuenta que, en el mismo orden de ideas debemos entender la íntima relación con las relaciones productivas, y aceptar que la comprensión del derecho está relacionada íntimamente con las relaciones productivas, y que fuera de su orbita no es posible entender al derecho como herramienta de encubrimiento, del derecho como lucha para hallar la legitimación del poder, pero tampoco como vía, freno, contra poder y arma de lucha. en el mismo sentido resulta obvio el hecho de ¿Qué no reconocer la pugna abierta en este tiempo de aperturas emergentes entre los poderes que brinda el capital y los poderes democráticos es al mismo tiempo una disputa entre los principios proporcionalizadores del derecho?, es de resorte de la gran transformación que en el mundo se observa esta vertiente del derecho que se dio a si mismo el nombre de social, y que muy asociado en el tema en comento tuvo como base la noción de seguridad social; y que hablando de Colombia dicha particularidad localmente coincidió con la promulgación de una constitución que aunque poco tarde consagro en los colombianos la noción de “Estado Social de derecho”.

Dentro de este naciente nuevo cimiento se generan también nuevos debates sobre la exigibilidad de los derechos tanto económicos como los sociales, sin embargo la atención central del presente escrito esta

demarcada en los derechos pensionales y si tenemos en cuenta la realidad actual esta no hace mas que confirmar la noción según la cual en la medida en que cada vez mas se ha logrado positivizar normas, esta realidad terminara por desnaturalizarse en realidad capitalista de inequidad.

Para ningún académico es extraño el que en las corrientes que pregonan la dependencia que tiene el derecho respecto de la economía, lo que realmente difunde es el sometimiento absoluto del el Estado respecto del mercado, situación que a todas luces se hace obvia cuando se predica el sometimiento de las llamadas políticas públicas dentro del análisis de costo/beneficio hecho esto en un sentido meramente pecuniario.

Para el derecho pensional tema objeto del presente escrito nos encontramos mediando una transformación desde los cimientos del discurso jurídico y que es palpable no solo en el acontecer colombiano sino que se esta estandarizando en la cotidianidad de sur América. Como es sabido la ley 100 de 1993 explicada en capítulos anteriores do el nacimiento en Colombia de los fondos privados de pensión; *“La lógica de este nuevo sistema, en competencia con el tradicional sistema público (y para arruinarlo), constituye una colosal transformación de la filosofía original que pretendía proteger los derechos de las personas en la vejez”.* (UPRIMY, 2002).

La transición del llamado “modelo de repartir” a uno de “capitalización individual” no es simplemente una variante de corte meramente técnica, ya que claramente se abandonan los principio tradicionales de la solidaridad, la universalidad y la integralidad. El paso del llamado “modelo de reparto” a uno de “capitalización individual” no es una

simple variante técnica, sobre todo cuando el primero ha sido derrumbando de esta manera de la noción de seguridad social que se consideraba en el siglo pasado de suma importancia y que mereció el tener explícita referencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No es de resorte de este trabajo el indagar sobre posibles alternativas o soluciones al presente en cuanto a la seguridad social colombiana, lo que si se puede es constatar es que por este momento existe una clara imposición de la hegemonía del capital financiero sobre los principios que sirvieron de génesis a la seguridad social, no solo en Colombia sino en el mundo entero, con lo que solo en esa dinámica de sentido socio político es de recibo que las razones de la economía se conviertan en un límite insuperable para el derecho y aunque es probable que ya no exista la posibilidad de un modelo de seguridad social y de derecho laboral en el entendido de un estado bienestar y que esta idea no tendría viabilidad en el capitalismo contemporáneo, debe recordarse que años atrás se había desarrollado teóricamente el tema de la crisis fiscal del Estado como algo estructural el campo jurídico y que no admitiría entonces reformulaciones igualitarias. Pero esto así, sería también como dar por cierto el decir que la social democracia no tiene una segunda oportunidad. Con todo esto deberíamos estar tranquilos porque para eso está el derecho público que nos protegería ya que *“se trata de una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas de interés general, sin propósitos de lucro y mediante prestaciones individualizadas a cargo del estado, directamente o con colaboración de los particulares, sujetas a un régimen especial de derecho público, para garantizar a los usuarios su uniformidad, regularidad, adecuación, continuidad y permanencia”*. (Acosta, 1999)

Dentro de este contexto y a fin de encontrar esa parte media entre la relación que tiene la economía o mejor las nuevas tendencias económicas hallamos la necesidad de saber o por lo menos plantear el problema de cómo se ve al derecho dentro de esta relación por lo que nos haremos los siguientes cuestionamientos ¿Está realmente imposibilitado el derecho a fungir como mecanismo de un posible cambio en la política social?, para nadie desconocido que el derecho en varios momentos ha sido capaz de enfrentar y repeler el capitalismo, mitigando la desmesurada inequidad fruto de su resultante racionalidad, pero de repente llega la realidad y esta no nos trae más que constatar que a la vez el derecho también se mantiene como herramienta protectora del statu quo, y sin tener más remedio ya que de no hacerlo correría el riesgo de ser modificado para que haga juego con las dinámicas del sistema ¿Qué cara de estas dos será la franca que nos mira frente a frente?.

6.2 Impactos Económicos

Es realmente indudable que el cambio de un sistema e reparto, a uno de ahorro o capitalización individual, genera a corto, mediano y largo plazo impactos o consecuencias macroeconómicas en funciones tales como los mercados de capitales, las inversiones, los manejos fiscales, y en general incide sobre el crecimiento económico del país, ya que este cambio de sistema pensional produce un alto flujo de recursos, que al ser inyectado en los diferentes ciclos económicos es indefectible que genere variaciones.

6.2.1 Hablemos del ahorro: Si tenemos en cuenta lo previsto para la financiación del nuevo régimen pensional, fueron bastantes los sectores económicos que vieron en la promulgación de la ley 100 de 1993 el

mecanismo perfecto para que se fomentara en el colombiano la cultura del ahorro, fue así como ASOFONDOS, luego a afirmar que se daba un inicio a una nueva cultura de ahorro que cambiaría radicalmente el nivel de vida de toda la población, llegando a vaticinar que se convertiría en uno de los principales factores de desarrollo socioeconómico del país.

Evidentemente, esto no era ajeno ya que en la modalidad de financiación anterior, la de reparto simple, solo tenían la posibilidad de pensionarse un día quienes fuesen asalariados o se encontraran en nómina, y en cuanto a cotizaciones estos prácticamente sufrían un descuento mensual de su salario o sueldo, y en un monto que no guardaba directa relación con la cuantía de la futura asignación pensional, toda vez que la determinación de dicha cuantía estaba referida exclusivamente al total devengado en el último año de servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existía la posibilidad para los trabajadores independientes, es decir, los no asalariados o vinculados en una nómina, de poder llegar a pensionarse pues este derecho pensional era entendido como una carga prestacional que gravaba al estado y a las empresas. En este mismo orden de ideas, el concepto de ahorro como previsión especial para asegurar una vejez protegida contra la carencia de recursos económicos fruto de una vida de trabajo, prácticamente solo empezó a abrirse paso con la promulgación de la ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia.

Es así que con la implementación del aludido sistema de financiación previsto, era de esperarse que se produjera un gran flujo de recursos que sería canalizado por medio de las SAFP y cesantías, dándose de esta

manera el remplazo de ahorro interno y externo público, por un ahorro interno privado; al llegar a constituirse esos recursos en la principal fuente de financiación de la inversión en Colombia.

Fue así que, para el sector económico formado por la SAFP y cesantías el sistema de ahorro individual en busca de la asignación pensional para las personas que ya no se encuentran productivas, fue todo un éxito en relación con el ahorro, toda vez que el sistema definido por las contribuciones de propiedad individual constituía una eficaz herramienta para crear conciencia sobre la necesidad y conveniencia de un ahorro a largo plazo, que permita la consecución de un capital necesario para financiar las pensiones de vejez.

Esta posición fue sostenida por el gobierno que impulsó la reforma pensional propuesta por la ley 100 de 1993, cuando el Dr. LUIS FERNANDO RAMIREZ ACUÑA, quien por ese entonces era ministro de trabajo y seguridad social quien sobre el particular afirmó, *“sobre la pregunta de ¿Cómo funciona el régimen de capitalización?, afirmo – tiene varias diferencias con el esquema de reparto simple; en este esquema de reparto simple o de prima media uno lo ve como un impuesto, y le da hartera que todos los meses le sacan una plata para el seguro social para pagar dizque e los actuales pensionados; por el contrario en el esquema de ahorro o capitalización lo que a uno le descuentan va a dar a una cuanta individual, una canta de ahorros de la cual yo soy titular, de la que me envían un extracto trimestral y me están diciendo cuanta plata tengo yo ahorrada. Si yo le pregunto a cualquiera de ustedes cuanto ha cotizad en el Seguro Social estoy absolutamente seguro de que ninguno sabe, ni les ha interesado. Pero si uno le pregunta a la gente ¿Cuánto tiene en la cuanta de ahorros?, probablemente a gente si tiene una idea bastante cercana de cuanto es su saldo. La gente se preocupa más, si hay un mayor sentido de*

pertenencia, hay mayor transparencia en el manejo, son cuentas individualizadas...”.

Pero debemos tener en cuenta que para que el ahorro se traduzca en inversión se hace necesario que los dineros que reciben las SAFP y cesantías se invierta eficientemente, y tal eficiencia se logra si gran parte del portafolio de inversiones se realiza preferentemente en el exterior, ya que eso implicaría una disminución en el riesgo para las inversiones y probablemente una mayor rentabilidad de las mismas.

Es también de tener en cuenta que, según MIGUEL URRUTIA MONTROYA, quien fuere gerente del Banco de la República, reconoce que las bondades del sistema en cuanto al aumento del ahorro solo será posible si se cumplen ciertas condiciones, *“el ahorro privado en Colombia aumentara con base en los fondos de pensiones y cesantías, si la contribuciones se llegan a realizar con recursos que habrían sido consumidos; de esta forma los fondos de pensiones incrementarán el ahorro privado dependiendo de la fuente de sus ingresos, lo que a su vez dependerá del grado de sustitución que tengan los ahorros depositados en dichos fondos con otras formas de ahorro”* (Pensiones y cesantías, 1996). Así las cosas, Urrutia Montoya estima que el crecimiento del ahorro solo se logra si quienes aportan al mismo, encuentran más beneficioso depositar su capital en los fondos e pensiones y cesantías por los rendimientos que se obtengan, una vez comparado el aumento que producen estos frente a otras operaciones activas de crédito como los CDTs.

Asimismo, se advierte *“que el aumento del ahorro domestico¹⁰ esta directamente influido por otras variables como una acertada política fiscal, una estricta política monetaria, restricción al acceso de crédito por parte de las familias y un mayor crecimiento económico. Agrega además, en cuanto al rol que cumplirían los fondos de pensiones, que si bien estos están llamados a incrementar el ahorro nacional no son los únicos que tienden a estar llamados a garantizar el incremento de dicho agregado”*.¹¹

Es de anotar también que, otros expertos no fueron tan optimistas frente al cambio de régimen del sistema de reparto simple por régimen de capitalización individual, como lo es el caso de la Dra. CECILIA LÓPEZ MONTAÑO (López, 1994), quien sostuvo *que “en el caso del ahorro, el alza en las cotizaciones podría degenerar en un efecto negativo en el ahorro voluntario individual, pues se destinaría un porcentaje significativo del ingreso exclusivamente a cubrir el riesgo pensional, dejando de lado operaciones de ahorro que le permitirán al sujeto obtener ganancias provenientes de otras fuentes de inversión”*.

Hablando de la magnitud del ahorro potencial generado por las SAFP, puede decirse, primero basándonos en un estudio realizado y publicado por ASOFONDOS en el año 1995 donde se pudo establecer que llego a ser en este año de US 25.500 millones equivalentes a el 3.5% del PIB y para ese momento el acumulo en ahorro de los fondos de pensiones y el de cesantías llego a ser de US 500 millones. Es de este modo que al considerar las reservas de las administradoras de pensiones y cesantías

¹⁰ El término ahorro domestico hace referencia al total de ahorro público y privado de un país sin tener en cuenta el porcentaje de dichos recursos que se encuentren en el exterior.

¹¹ Es de anotar que conforme a lo que predica el doctor Urrutia Montoya, es un caso interesante en cuanto al aspecto fiscal pues las excepciones tributarias implementadas a los fondos de pensiones y cesantías incentivan el ahorro individual, pero correlativamente tienden a reducir el ahorro público.

pudo concluirse que al cierre de 1995 estas representaban el 1.8% del ahorro financiero.

Dentro del mismo informe y analizando las cifras el estudio concluyo que aun en el peor de los escenarios de desempeño¹², el ahorro financiero, incluyendo las reservas de las administradoras de los fondos de pensiones y cesantías alcanzarían valores de US 37.000 millones al cierre de este siglo, y que, para ese entonces los recursos de la administradoras de fondos de pensiones y cesantías llegarían a cerca de US 2.250 millones, o sea un nada despreciable 6.8% del valor del ahorro financiero incluyendo los recursos de las reservas de las SAFP.

Es de este modo que por lo expuesto anteriormente dentro del estudio de ASOFONDOS, con facilidad se puede deducir que según las proyecciones que se hacían para ese entonces el potencial que tenia la aplicación de los recursos era bastante grande y que las proyecciones resultaban ser bastante favorables al pronosticar un incremento remarcable del mismo, aun en escenarios no muy optimistas. Pero ya aun dentro del mismo estudio o mejor en comentarios que se hicieron sobre el mismo, se determinaba el que no debía perderse de vista la necesidad de adoptar políticas legales y financieras que permitieran la obtención de un mayor aumento de los mismos, sobre este aspecto en particular dentro del mencionado estudio pero del año 1997 se advertía que: “la clave para la adecuada aplicación de estos recursos a proyectos de inversión de alta rentabilidad y bajo riesgo dependía en último término de un esquema regulatorio adecuado, en especial de los activos elegibles para integrar los portafolios y la distribución de riesgos” (Botero, 1997).

¹² Rendimientos financieros reales del 5% anual donde las SAFP solo logran consolidar el mercado de los afiliados por debajo de los 35 años.

Tenemos que aceptar que los estudios de factibilidad y las proporciones antes hechas se quedaron cortos y muy por el contrario fueron superados, porque donde se estableció el que el ahorro financiero, incluyendo las reservas de las administradoras de los fondos de pensiones y cesantías alcanzarían valores de US 37.000 millones al cierre de este siglo como cálculos estimados debemos decir que. *“En el mes de Abril de 2010, los trabajadores afiliados a los fondos de pensiones obligatorias obtuvieron rendimientos por \$1.6 billones, correspondientes a una rentabilidad de 23,41% en el último año. Al finalizar este mes el ahorro que hoy tienen acumulado los trabajadores colombianos en sus cuentas de ahorro individual asciende a \$84.7 billones, ahorro que representa aproximadamente el 17,03% del PIB.*

De acuerdo con el más reciente informe emitido por ASOFONDOS, en el largo plazo la rentabilidad histórica, presentó tasas anuales nominales de 16,06%, lo que ha permitido abonar a las cuentas de los afiliados alrededor de \$50,1 billones de pesos. En cuanto a los rendimientos en el último año, estos ascienden a \$15.9 billones de pesos (3,21% del PIB). (Asofondos, 2010, -en línea-).

Podemos inferir de lo hasta a hora analizado que la aumento no solo en ahorro sino en cultura de este, así como su consolidación del ahorro global depende no solo de lo prometido en la reforma pensional soportado en su marco legal, en lo atinente a seguridad y solidez, sino también a otras circunstancias que se presentan en nuestra compleja economía nacional, como la oscilación en la relación consumo / ingreso, las directrices que se den en cuanto a la financiación del déficit fiscal y a el como se siga enfrentando el país frente a las políticas de desarrollo macroeconómico.

Lo anterior no puede desconocer que la dinámica social de nuestro país no esta orientada o hasta ahora no se ha podido ver encausada a una cultura del ahorro, es decir, quede alguna manera no son suficientes los frutos ofrecidos por la reforma y su soporte normativo, para que se realice el vislumbrado incremento deseado en el ahorro, pues al no generar dentro de ese dinamismo social la cultura frente a las previsiones que logren cubrir o mitigar las posibles contingencias en los años de no productividad de las personas, o sea una conciencia o cultura clara del ahorro los frutos ofrecidos por reforma y normatividad no se obtendrán.

6.2.3 El Costo Fiscal: en el punto anterior quedo evidenciado que los efectos que se generan con el cambio al régimen pensional dual estará en gran medida influenciado por la manera como se financie el déficit fiscal de dicha reforma, por esto estimo de suma importancia el análisis del costo fiscal de la misma.

Para nadie es nuevo el escuchar que nuestro país ha tenido un gran déficit en cuanto al manejo de la economía, lo que redundo en bajos índices a la hora de enfrentar los gastos públicos con los gastos fiscales, en las décadas de los 80s y 90s hubo repunte de estos huecos fiscales como lo anota *“Las finanzas del sector público colombiano mostraron déficit durante prácticamente todos los años del período 1980-1996. Este resultado no debe sorprender si se compara con la evolución fiscal de otros países de la región o del continente en el mismo período, que también fue deficitaria.”* (Alonso, Olivera, Yaker, 2006 –en línea-)

Nuestro país crecía con probabilidades que en gran medida no fueron cubiertas como anotan los autores (Alonso, Olivera, Yaker, 2006 –en línea-) *“Si bien las fluctuaciones de estas variables fueron mucho menores que las observadas en otros países de América Latina en el mismo período, ellas han tenido alguna incidencia sobre las finanzas públicas colombianas, particularmente las del Gobierno Central. Los cambios en los precios internacionales de han afectado especialmente a las finanzas de las entidades diferentes al Gobierno Nacional. Las fuertes oscilaciones en los precios del café, el petróleo, el carbón y el níquel, han alterado la situación financiera de algunas de las más grandes empresas y establecimientos públicos del país (Ecopetrol, Carbocol, Cerromatoso, Fondo Nacional del Café, etc.), introduciéndole mayor inestabilidad a las cuantas públicas.*

Los desequilibrios fiscales mencionados atrás, han sido enfrentados tanto con reformas tributarias periódicas, como con políticas de ajuste del gasto. Mientras las primeras han avanzado notablemente en el desarrollo de una administración tributaria moderna y una estructura tributaria más neutral, y han producido un aumento importante en los recaudos, las segundas se han caracterizado por su ineficiencia e inequidad.”

No es difícil entender el que la reforma a la seguridad social implementada en la ley 100 de 1993, logro aumentar en gran medida la presión que sobre el gasto público que tenía al gobierno como empleador, esto aunado al creciente aumento del gasto publico como se puede observar en (Alonso, Olivera, Yaker, 2006 –en línea-) *“Las presiones sobre el gasto público del GNC aumentaron con la aprobación en 1993 de las leyes de descentralización (Ley 60 de 1993, de “competencias y recursos”) y de reforma a la seguridad social (Ley 100 de 1993). Con la aprobación en 1994 de la Ley de Regalías (Ley 141 de 1994) se elimina por su parte una fuente de ingresos del Gobierno. Estas leyes reflejaban en gran medida las*

obligaciones establecidas previamente en la Constitución de 1991, mencionadas en la sección anterior.

El gasto del GNC aumentó en 6.0 puntos del PIB entre 1990 y 1996 y cerca de la mitad de ese incremento se explica por las normas constitucionales y legales de reciente expedición. Otra parte de ese incremento se explica por el aumento en los pagos de intereses de la deuda (0.7% del PIB) y el aumento en la inversión (0.8% del PIB). Gran parte de estos incrementos se produjeron en el período 1994-1996.”

Lo anterior aunado al hecho de que no solo estaban presionando las finanzas públicas los problemas internos, sino que también nos encontramos con presiones de corte internacional que redundan en la política fiscal de nuestro país durante el periodo final de la década de los 90s, el FMI califico como enfoque “incremental” refiriéndose a la política tributaria en colombio de 1995, es decir, que se debía implementar por etapas y durante un numero significativo de años algunas modificaciones importantes del sistema tributario. Entre las modificaciones realizadas de manera incremental se destacan las siguientes: (Alonso, Olivera, Yaker, 2006 –en línea-)

- ✓ La tendencia hacia la unificación de tarifas, la ampliación de la base (IVA) y la simplificación administrativa.
- ✓ El uso de los mecanismos de anticipos y retenciones.
- ✓ El estímulo a la inversión, tanto nacional como extranjera, mediante la reducción de impuestos y la concesión de incentivos tributarios.
- ✓ La adopción de una estructura tributaria más basada en impuestos indirectos, de recaudo más fácil e inmediato.
- ✓ El estímulo al desarrollo del mercado de capitales doméstico

Ahora dentro de las finanzas del gobierno nacional tenemos que algunos datos importantes dentro de este segmento arrojados por la Contraloría General de la Nación como:

“El gobierno nacional central (GNC), acumulado al mes de noviembre de 2005, registró un déficit de \$10,7 billones, equivalentes a 3,8% del PIB, producto de ingresos por \$47,5 billones y gastos por \$58,2 billones. Con respecto al mismo período del año anterior, el déficit se incrementó en \$3,6 billones, equivalentes a 1,1% del PIB. Los ingresos aumentaron 0,9% del PIB, mientras que los gastos lo hicieron en 2,0%.” (CONTRALORIA GENERAL, 2005, <en línea>)

Aunado a estas cifras que son los acumulados de lo adeudado hasta ese momento, tenemos que tener en cuenta que debido a los cambios de política como la seguridad democrática los gastos de funcionamiento Estatal aumentaron como se puede ver en (CONTRALORIA GENERAL, 2005, -en línea-) *“Por su parte, los gastos del GNC presentaron un crecimiento del 21% entre 2004 y 2005. El funcionamiento creció \$7,7 billones, los intereses \$1,4 billones y la inversión \$875 millardos. El 42,9% del incremento correspondió a los giros para el pago de mesadas pensionales, el financiamiento del Fonpet y el Fondo de solidaridad pensional.”*

“De los compromisos adicionales en materia pensional, adquiridos por el Gobierno Nacional en 2005, se asignaron \$2 billones al cubrimiento del ISS (Art. 138 de la Ley 100 de 1993), \$342 millardos al Fo pep y 220 millardos por asignaciones de retiro en el sector Defensa.”

6.2.3.1 el ciclo económico actual de la política fiscal: *“Los ciclos económicos son los aumentos y descensos recurrentes de la actividad económica global (en la mayoría de los sectores económicos) en un periodo*

determinado. Éstos no se presentan de la misma forma en diferentes periodos, pues su intensidad, duración o comportamiento pueden variar.

En el informe World Economic Situation and Prospects 2006, se establece que es lamentable que las políticas nacionales actuales no se concentren adecuadamente en corregir los desequilibrios mundiales. La política fiscal de los Estados Unidos se está tornando levemente más expansionista, mientras que Europa está más cerca de una situación neutra y el Japón continúa con su consolidación fiscal. Este entorno operará como un incentivo incesante para que fuertes flujos financieros pasen de Europa y el Japón hacia los Estados Unidos, con lo que se profundizarán aún más los desequilibrios.” (Biblioteca, 2006 -en línea-).

Dentro de estas cifras no se puede dejar de tener en cuenta lo concerniente a nuestro mayor valor agregado dentro de la economía mundial y que para el 2005 tuvo gran incidencia dentro de la inflación, así como otros aspectos internos de la economía colombiana evidenciado en *(Biblioteca, Banco de la república 2006 – en línea-) “La problemática fiscal actual esta dada por la disminución de la producción de petróleo, el fin del régimen transitorio de transferencias en el 2008, el déficit pensional de la nación, el fin de los impuestos transitorios: 4 por mil, sobrepasa renta 10% en el 2008. Lo que muestra una preocupación por ingresos fiscales que se van a dejar de recibir”.*

6.3 Proyecciones Pensionales

Hasta el momento se ha tenido en cuenta lo que se ha visto hasta el año 2005, mismo en el que se dio el acto legislativo No. 01 que reformo-

adiciono nuestra constitución, pero como para cuestiones de políticas fiscales y económicas los periodos en los que se hacen estudios de resultados son después de que han llagado los vislumbrados efectos de los anteriores, ahora presentaré tres proyecciones pensionales, fruto de igual numero de ejercicios de proyecciones de los déficits pensionales : lora y Helmsdorff,

Schmidt-Hebbel, y el ISS. Ver (Alonso, Olivera, Yaker, 2006 –en línea-)

6.3.1 El Ejercicio o Proyección de Lora y Helmsdorff

“Lora y Helmsdorff (1995) realizaron un total de nueve ejercicios de proyección, con el fin de examinar la sensibilidad de las proyecciones a cambios en algunas variables relevantes. Las variables eran de tres clases: 1) demográficas y laborales; 2) relativas a los patrones de afiliación y rotación entre regímenes pensionales; y, 3) macroeconómicas. Los resultados que se citan corresponden a la simulación básica. Esta considera los siguientes supuestos sobre las variables macroeconómicas: tasa de interés real del 5% y tasas de crecimiento del PIB de 5.8% para 1995, 4.3% para 1996, 3.9% para 1997, 5.7% para 1998 y 4.5% de allí en adelante.

El escenario básico de Lora y Helmsdorff supone condiciones favorables de afiliación a los fondos privados. El número de afiliados pasaría de 919 mil en 1994 a 10 millones en el 2025, mientras que los afiliados al ISS pasarían de 2.9 millones en 1994 a 631 mil en el 2025 y en el sector público de 836 mil a 164 mil³³. El número de pensionados por su parte pasaría de 323 mil en el ISS en 1994 a 734 mil en el 2025, de 174 mil a 417 mil en el sector público y de no tener afiliados en 1994 a 1.115 miles en el

2025 en los fondos. De acuerdo con estos supuestos, hacia el 2025 habrá menos de un cotizante por cada pensionado del ISS.

Las proyecciones para el escenario básico muestran déficits de caja y acumulación de pasivos pensionales hasta el 2014. Inicialmente se producen superávits muy pequeños, de 0.2% y 0.04% en 1994 y 1995, y a partir de 1996 el ISS empieza a generar déficits de caja. En este escenario la presión fiscal que ejerce el ISS junto con el sistema pensional del sector público es superior al 2% del PIB cada año desde el 2001 y aún después de superado el período de transición, en el 2014.

Como producto de la acumulación de los déficits, la deuda del ISS alcanzaría al 36% del PIB (\$75.5 billones) en el año 2025. Por haberse establecido un período de transición muy amplio (hasta el 2014) y condiciones muy favorables de jubilación en relación con los aportes, el pasivo pensional del ISS aumenta (en pesos constantes) hasta el 2014 (cuando entran a regir las nuevas edades de jubilación de 57-62 años), aunque no en proporción del PIB, pues pasa de 36.9% del PIB en 1994 a 20.8% del PIB en el 2014. La reforma no logra detener la acumulación de pasivos pensionales del ISS hasta ese año. Después del 2014 los pasivos pensionales dejan de crecer, de manera que en el 2025 representan tan sólo el 10.5% del PIB.

El pasivo pensional del sector público evoluciona de forma similar, pasando de 35.6% del PIB en 1994 a 20.1% en el 2014 y a 11.4% en el 2025. En su conjunto, el pasivo pensional del ISS más el del sector público, pasa de 72.5% del PIB en 1994 a 21.8% del PIB en el 2025. En el caso de los fondos privados, las reservas acumuladas llegan a representar el 33%

del PIB en el 2010 y el 54% en el 2025. Como estos montos superan la deuda acumulada del ISS, desde un punto de vista macroeconómico es viable el financiamiento del ISS mediante estos recursos.

En el escenario “pesimista” de Lora y Helmsdorff, en el que se suponen condiciones poco favorables de afiliación a los fondos privados y favorables al ISS, se producen déficits tan sólo a partir de 1998 (Gráfico 15) y la deuda aumenta menos, pero el pasivo pensional aumentaría de forma más acelerada, hasta alcanzar 45.5% del PIB en el 2025. El aumento de afiliaciones al ISS eleva los pasivos pensionales no cubiertos por reservas, porque las cotizaciones son insuficientes para cubrir las futuras pensiones. Esta situación, de mantenerse, puede llevar a la quiebra de la entidad.

Finalmente, para Lora y Helmsdorff (1995) los déficits y el pasivo pensional pueden ser mayores a los proyectados, por factores como la eventual fusión de las cajas públicas con el ISS, la subestimación de los bonos pensionales y el retorno al ISS de trabajadores próximos a jubilarse, en caso de que los fondos no alcancen los rendimientos esperados.”

6.3.2 El Ejercicio o Proyección de Schmidt-Hebbel

“En las proyecciones de Schmidt-Hebbel se separaron los efectos de la reforma en dos componentes, que resultan de los dos tipos de modificaciones que produjo la reforma: por un lado, la reducción de los beneficios netos pagados a los pensionados futuros (como resultado de tasas de contribución más altas para todos y edades mayores de jubilación para los más jóvenes) y en segundo lugar, la sustitución del sistema de

reparto por uno conformado por dos subsistemas pensionales obligatorios y alternativos.

El primer componente de la reforma reduce el déficit del sistema pensional y la deuda implícita del gobierno frente a los pensionados futuros. Schmidt-Hebbel estimó en 37.6% del PIB la reducción del valor presente del déficit pensional como resultado de este primer componente. El segundo componente hace explícita la deuda actualmente implícita, a medida que los pensionados del sistema anterior reciben sus beneficios y las obligaciones pensionales acumuladas son canceladas a quienes se cambian a un sistema de capitalización.

Este componente obliga al gobierno a transferir recursos para pagar las pensiones de pensionados actuales hasta que el último fallezca (“déficit operacional”). También obliga a las entidades pensionales a las que estaban afiliadas los trabajadores, a emitir bonos de reconocimiento pensional, que hacen explícitos los derechos pensionales acumulados por los trabajadores en sus antiguos fondos pensionales.

El “déficit de transición” de la reforma es la suma del déficit operacional y del originado en los bonos de reconocimiento. En el escenario base de Schmidt-Hebbel³⁴, el “déficit de transición” pasa de 0.89% del PIB en 1994 a 2.61% en el 2013, y de allí desciende hasta alcanzar 1.95% en el 2025 (Gráfico 16). En este escenario el valor capitalizado del déficit pensional para el período total de transición (1994-2060) sería de 83.6% del PIB, del cual 69.2% del PIB corresponde al valor de capitalizado del déficit operacional y 14.4% al valor capitalizado por bonos de reconocimiento.

A estas cifras se les puede añadir un 4.5% del PIB que correspondería a deuda implícita remanente debida a la supervivencia del ISS con un número básico de afiliados después del 2060, lo que llevaría finalmente a un déficit pensional del 88.1% del PIB.

6.3.3 El Ejercicio o Proyección del ISS

“En 1997 el ISS hizo públicas unas proyecciones financieras de esta entidad para el período 1997-2010, que buscaban desvirtuar los resultados obtenidos en los dos ejercicios descritos anteriormente. Las proyecciones del ISS suponen lo siguiente:

- ✓ Tasas de rendimiento real de las reservas del 9% para el período 1996-2000 y del 7% para el período 2001-2010*
- ✓ Salario medio de los cotizantes de 2.0 S.M.L.V*
- ✓ Pensiones promedio de 1.3 S.M.L.V*
- ✓ Crecimiento de pensionados por invalidez de 5.06% anual promedio, por vejez de 8.0% anual y por sobrevivencia de 4.8%.*
- ✓ Crecimiento de afiliados de 3.89% anual promedio.*

El supuesto de rendimiento de las reservas es muy optimista y probablemente refleja el rendimiento obtenido en el período 1993-1997, que fue un período de altas tasas de interés reales. Vale la pena recordar que Lora y Helmsdorff (1995) suponen rendimientos de las reservas del 5% real, un valor que corresponde a la tasa de interés real de largo plazo en Colombia.

Este supuesto, junto con un supuesto también muy optimista sobre afiliaciones, que puede estar reflejando el ritmo de afiliaciones al ISS efectivamente observado en los últimos tres años, da lugar a proyecciones que muestran superávits durante todos los años del período considerado, aunque decrecientes³⁵, y una rápida acumulación de reservas, que aumentan de \$886 mil millones en 1997 a \$3.73 billones en el año 2010.

Frente a estos resultados vale la pena recordar que Lora y Helmsdorff (1995) habían concluido en su estudio que “las tasas de interés y los ritmos de afiliación y rotación entre regímenes son las variables que más afectan los cálculos”. Las diferencias entre las proyecciones del ISS y las realizadas por Lora y Helmsdorff y Schmidt-Hebbel radican precisamente en los supuestos relacionados con estas variables. Suponer tasas de interés reales muy altas en el largo plazo y crecimientos muy fuertes en las afiliaciones al ISS, claramente produce superávits en esta entidad que pueden durar varias décadas. Este escenario, sin embargo, no refleja el comportamiento de largo plazo de las tasas de interés en Colombia, ni el del mercado de trabajo.

De las cifras presentadas en la sección 4.2.3 se puede concluir sin embargo que existe una alta probabilidad de que el ISS no vaya a presentar déficits antes del año 2000, a diferencia de lo que muestran las proyecciones de Lora-Helmsdorff y Schmidt-Hebbel y que aún aquellas proyecciones de estos autores que se realizaron con base en escenarios muy favorables de afiliación a este Instituto subestimaron el crecimiento en sus afiliados.

Nuestra opinión es que la evolución del déficit pensional en el mediano y largo plazo probablemente irá a situarse en un punto intermedio entre las proyecciones de Lora-Helmsdorff y Schmidt-Hebbel por un lado y el ISS por el otro. Las proyecciones oficiales del ISS tienen mayor validez para el corto y mediano plazo, pues reflejan la evolución de las afiliaciones a esta entidad en los últimos tres años, mientras que las de los autores mencionados recogen mejor las tendencias económicas y demográficas de largo plazo.”

PARA CONCLUIR

CONCLUSIONES

En cuanto al objetivo de establecer que tipo de consecuencias produjeron las reformas pensionales en Colombia, se puede decir que con respecto al anterior estudio podemos llegar a concluir que tanto a nivel económico relacionado con el ahorro, el costo fiscal y el manejo de políticas económicas, así como, a nivel social en aspectos de cobertura, mecanismos de solidaridad, etc., tal como se puede apreciar en presente trabajo y con base en el mismo las conclusiones son:

- ✓ Con el cambio de régimen pensional en el año 1993 que creo el ahorro individual como alternativa a la hora de decidir el tipo de estructura pensional que se desea, no solo se dio paso al inicio de un cambio de cultura con respecto del ahorro (teniendo en cuenta que quienes eligieran este tipo de régimen al momento de hacerlo pueden tener la certeza de que sus expectativas pensionales dependerán solo del ahorro que cada asociado realice, por ende hace que cada quien sea consciente e interiorice la importancia de destinar una parte de sus ingresos mensuales a asegurar su vida fuera de la productividad), sino que también dio cabida a este tipo de servicio generara la posibilidad de que se hicieran grandes inversiones y esto llegara a incidir directamente en el desarrollo económico del país. Es claro, que en cuanto a el aspecto económico de la seguridad social como hoy día la conocemos fruto de las reformas pensionales tratadas anteriormente, son estos dos los grandes aspectos que se pueden dar como consecuencia, a niveles tanto sociales hablando del ahorrador que ve en este ahorro su futuro en vejez, así como por otra parte para la economía del país ya que encuentra en el manejo de estos ahorros no solo réditos para su propietario, sino también un

constante flujo de recursos económicos para la financiación de inversiones.

Es de tener en cuenta, que no puede ser de total recibo el afirmar que la consecución de tales beneficios se produjo con la sola implementación de mencionado régimen pensional, ya que no pueden desconocer la existencia de otro tipo de variables que incidieron en el funcionamiento que hasta ahora ha tenido el referido régimen de ahorro individual, tales como, el manejo que se ha dado a los recursos tanto en inversión como en capitalización, así como el reiterado intento por vía legal de desarticular la seguridad social estatal vislumbrado a lo largo de los últimos 15 años.

Pero ya adentrados en este nuevo sistema de ahorro, es necesario que se tomen medidas para que se continúen desarrollando y se consoliden los cambios iniciados a partir de la reforma, de manera que no solo se enseñe a las personas a reconocer la importancia del ahorro en la previsión de la vida ya no productiva, sino que también se cultive en las personas la cultura e interiorización del mismo.

Dentro de este orden de ideas, se debe destacar que ha existido una variable que no ha permitido la consolidación del referido tema del ahorro individual y ha sido la falta de información con respecto a las ventajas o beneficios que este sistema puede llegar a producir no hablando solamente a nivel del cuentahabiente ahorrador, sino también a nivel macroeconómico que trae consigo grandes beneficios a la economía estatal.

También es sano advertir el hecho de que el sistema de ahorro individual se encuentra en etapas muy tempranas de su desarrollo, y es desde mi óptica necesario hacerle ajustes de tal manera que se logre con el una congruencia a la dinámica sociocultural del pueblo colombiano quien es en últimas su alimentante, y es claro el hecho de que se debe justamente aprovechar el que el referido sistema se encuentra aun en etapas tempranas y se logre adecuar a las

necesidades actuales de la población y no permitir justamente lo contrario, es decir, que las necesidades del pueblo colombiano sean las que se deban adaptar al sistema.

- ✓ Resultado de la reformas pensionales ya estudiadas, ya hablando en el tema fiscal, ha quedado en evidencia la verdadera situación financiera del sistema de prima media, circunstancia que hasta el momento ha sido uno de los más grandes dolores de cabeza para los expertos en el tema y para el mismo Estado, que es este último el llamado a garantizar las obligaciones pensionales adquiridas por las diferentes administradoras del referido sistema. Evidenciado quedo que el sistema de prima media tiene una deuda fiscal de tal tamaño que lo hace insostenible en un futuro cercano con sus propios recursos, y esta dado que esta deberá ser sumida por mandato constitucional por el fisco nacional.

Resultaría adecuado que el tratamiento que se de a este tema, es decir, a la forma en que se va a encarar las estrategias para la financiación de esta deuda y su paulatina reducción dependerá en gran medida de las estrategias relacionadas con aspectos sociales y económicos, pero que sean cual fueren las medidas adoptadas se deberán hacer con conocimiento de todos los afectados.

Es por lo anterior, que se debe pensar en torno a la posibilidad de si vale la pena mantener como coexistente al régimen de ahorro individual el sistema consagrado actualmente con las condiciones de viabilidad establecidas en esta investigación, o realmente se hace necesario el que el sistema de seguridad social Estatal sucumba ante los embates de las nuevas expresiones de capitalismo financieros.

Dentro del campo de la pluralidad de ideas y pensamientos, también es necesario expresar el que teniendo en cuenta lo evidenciado en el respectivo capítulo del costo fiscal de las reformas a la seguridad social en Colombia y su correspondiente subsistencia del régimen de prima media, es natural que se piense el hecho de la solidaridad

como principio de mayor contenido dentro del régimen de pensión referido, no es posible que se mantenga como mayor argumento para mantenerlo vigente, ya que serán sus mismos “beneficiarios” quienes al momento de ocurrir una quiebra del mentado régimen sufrirían o deberían asumir solidariamente el pago del déficit fiscal del sistema ya sea por implementación o imposición de nuevos impuestos que logren tapar el hueco fiscal por el producido y/o por vía de reducciones en cuanto a los gastos sociales se refiere del presupuesto Estatal.

- ✓ Es claro, que en cuanto a cobertura de el sistema de seguridad social en pensiones, seria impropio no mencionar que desde la implementación del nuevo sistema de ahorro individual coexistente con el de prima media esta ha aumentado como consecuencia de las estrategias desarrolladas para lograr la captación de nuevos afiliados por parte de las SAFP.

Como resultado frente al objetivo de Verificar que efectos tuvo la implementación del régimen de prima media en la política fiscal del país, debemos decir, que en cuanto el régimen de prima media propiamente dicho y que fue establecido en el régimen pensional de la ley 100 de 1993, en comparación con el de prima media escalonada que fue el que trajo el mayor desequilibrio fiscal al Estado, existen rasgos distintivos en cuanto a la adopción de una tasa de cotización constante durante toda la vigencia del sistema suficiente para cubrir los gastos corrientes, generar excedentes y constituir reservas con el objeto de afrontar pagos y gastos futuros. Esos excedentes y sus rendimientos son los que permiten mantener fija la cuota. Fue esto lo evidenciado en el numeral 6.3.3 del presente trabajo, donde en el ejercicio realizado por el ISS se establece que en un futuro cercano el

sistema pensional Estatal de prima media con prestación definida sería viable fiscalmente hablando.

Se debe tener en cuenta que no obstante los problemas demográficos intergeneracionales siempre prevalecerán sino se hace seguimiento puntual para la aplicación de los ajustes necesarios, es decir, como se pudo establecer en la investigación uno de los mayores problemas que dio origen a la reforma de 1993 fue el aumento de la expectativa de vida de los beneficiarios de pensión; de esta misma forma ya hablando dentro de los ajustes hechos al sistema pensional desde el año 1993 tendríamos que con aumentos en la esperanza de vida, las primeras generaciones tendrán un tiempo de disfrute de las pensiones menor al de las generaciones más jóvenes, a pesar de hacer aportes suficientes para más años de pensión o montos mayores. Es esto lo que ocasiona que eventualmente se hace como medida de ajuste, la edad de jubilación se ajustaría a los cambios en la esperanza de vida, procurando un período fijo de disfrute de la pensión.

Es por esto que ante estos matices de posible inequidad Intergeneracional y de desequilibrio financiero, esto sumado a la situación de problema que genera la implementación tardía de la transición demográfica en la que se ve afectada la relación afiliados/pensionados, resulta de gran importancia el que se efectúe un monitoreo constante al sistema y sus variables.

- ✓ Al respecto del objetivo de Analizar el régimen de ahorro individual y establecer si través de este sistema se ha obtenido algún tipo de beneficio, se debe tener en cuenta que sumado a los aspectos mencionados frente a los resultados del primer objetivo específico

tenemos que si, además de estos existen beneficios en dos sentidos mas: primero para los grandes inversionistas que están detrás de la creación y administración de las SAFP y que año a año acumulan grandes capitales, obtenidos entre otras cosas de ese 12% que se supone es el margen de costo de mantenimiento y administración de cada una de las SAFP.

- ✓ Y en otro sentido existen las ventajas que para cada uno de los ahorrahabientes le da el mantener su ahorro pensional en las ASFP que podemos enumerar entre otros los siguientes:
 - Las sumas depositadas en la cuenta de ahorro es personal y de propiedad solo del asegurado.
 - El ahorro personal es inembargable y no puede ser objeto de cesión ni de compromiso de préstamo, inicialmente.
 - No hay tope para el monto máximo de la pensión, ya que el ahorro es el que indica la pensión que recibirá al momento del retiro
 - Existe más de una modalidad de pensión.

En lo atinente a el objetivo de Indagar si las sentencias de la corte constitucional han permitido mitigar la inequitativa distribución de recursos pensionales y de reivindicar a los sectores más desprotegidos económicamente. Sobre este objetivo particular dedo decir que los pronunciamientos de la Corte Constitucional al formar parte de las fuentes del derecho, en cuanto a derechos pensionales ha sido protectora de los derechos de las personas que han vistos sus asignaciones pensionales en vilo o peligro, y no solo en cuanto a la protección de derechos en particular, sino también cuando sus pronunciamientos han tumbando las reformas que a su juicio eran flagrantes violaciones, tanto a derechos pensionales propiamente dichos como también en cuanto a derechos adquiridos. Ver a manera de ejemplo numerales - 5.6.5.1 y 5.6.5.2 -. Desde la

institucionalización de la Seguridad social, la jurisprudencia y los precedentes constitucionales comenzaron a cobrar importancia. Generando un fructífero debate acerca de la expansión y límites que tenían la normatividad, las administradoras de pensión y los regímenes pensionales propiamente dichos, esto como se puede apreciar a lo largo del presente trabajo.

Lo cual supone, de un lado, acercarse a la actuación, competencias, métodos y objetivos de los procesos constitucionales y de los jueces que los aplican o no, y; de otro, preservar la vigencia de los derechos fundamentales, adquiridos y la supremacía jurídica de la Constitución. Esto a todas luces debe ser así, por cuanto la Constitución entendida en un sentido dinámico y vital se viene convirtiendo en la fuente del Derecho, de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y por ende no podríamos pensar en unos pronunciamientos de la corte constitucional no acordes con el telos de nuestra norma superior.

El este escrito como objetivo general se propuso el Determinar mediante el análisis del desarrollo tanto de la legislación como del dinamismo socio-político, si existe posibilidad de que la seguridad social como la conocemos actualmente se mantenga vigente en Colombia, con lo que tendré que decir que lo antes escrito en este trabajo demarca o emprende el debate a cerca del futuro de la seguridad social.

El presente trabajo tiene dentro de su marco referencial el periodo iniciado en la década de los 70s; por este tiempo lo primero que resalta es la idea de un Estado que empezaba a mostrar signos de agotamiento en cuanto a su deber de satisfacer a través de sus funciones las necesidades

sociales, siendo más evidentes las relativas a garantizar a los trabajadores los derechos en cuanto a la invalidez total o parcial, la viudez, la ancianidad o el desempleo forzado, figura jurídico-política esta denominada el “estado bienestar”, como elemento catalizador llegan momentos de grandes alteraciones de tipo económico. A esta nueva forma de vislumbrar la estructura productiva que partía de un largo ciclo histórico del capitalismo, con estas nuevas visiones se empiezan a dar inicio a severas reformas laborales, que apuntaron entre otras tendencias al desmonte de los ya conocidos sistemas de seguridad social.

Este repliegue de la política económica liberal del Estado ante las demandas en salud, educación, trabajo, seguridad, transporte, alimentos y recreación, que sin duda configuran las necesidades básicas de cualquier ciudadano, situación que hace presumir la existencia de un futuro poco alentador. El temor a desprenderse, de lo mucho o poco, que se tuvo en materia de seguridad social, no debía ser interpretado como un tema apocalíptico. De modo contrario el dejar entre ver la dimensión de ese temor que ya minaba bastos sectores sociales y sus expectativas frente a los años que se aproximaban, daba clara muestra de ser necesario el enfrentar los retos del futuro con decisión.

Dado que para este momento la única salida era el desarrollar una reforma del sistema de seguridad social a luz de los tiempos actuales, como un hecho inexorable, resultaba oportuno preguntarse, si el modelo pensional a implementar dentro de esa reforma de la seguridad social debía conservar los principios fundamentales que lo sustentaron durante su génesis. Entre estos era conveniente establecer el alcance que podría tener la nueva adopción, esto en lo que tenía que ver con el principio de solidaridad. Lo que trae a referencia el un fenómeno demográfico reciente

que fue la ancianidad, a lo largo del génesis y desarrollo de la seguridad social se mantuvo como tendencia general el que durante la mayor parte de la vida del hombre esta se ha mantenido con una relativa estabilidad demográfica.

Dado que uno de los mayores elementos catalizadores de la depresión fiscal en cuanto a pensiones, fue el apareamiento del nuevo ciclo demográfico, la tendencia al aumento del porcentaje de personas mayores dentro de las ecuaciones pensionales y ya que longevidad dejará de ser un hecho extraordinario, se empezaron a hacer algunos cuestionamientos.

¿Qué idea justifica la solidaridad entre generaciones?, o lo que es lo mismo ¿Cuál es el fundamento para que las nueva generaciones deban hacer mayores aportes que las preexistentes para así recibir similares beneficios?. Aparecen entonces estos argumentos que llegan a minar la realidad, y es que esta evidenciado el que las primeras generaciones normalmente han recibido mucho más de lo que lograron a portar durante su vida productiva, por lo que las generaciones nuevas llegan a tener que afrontar altas cotizaciones y mayores pagos de impuestos además de bajas tasas de rentabilidad, lo que deja al descubierto el hecho de su disminución en su ingreso durante su etapa productiva y disminución en el monto

Con ocasión de esta coyuntura socio-política, se hace referencia a contemplar este punto el tema de la reforma a la seguridad social planteada y el debate que se ha suscitado en tomo a la adopción de un nuevo sistema de pensiones. Lo ideal habría sido el que el acceso a la posibilidad pensional hubiese sido extensible al grueso de los trabajadores no asalariados que también daban su aporte, para el funcionamiento de las instituciones existentes en el país, ya que un componente explosivo del

mercado laboral de ese presente lo constituía la informalidad. Por lo que nace la interrogante obligada sobre el particular, que sería la siguiente: ¿Hasta cuándo funcionaría este pacto?

Dentro de la gran reforma a la seguridad social que tuvo sus inicios en nuestro país en la promulgación de la ley 100 de 1993, hace su apareamiento una de las nuevas expresiones de la economía mundial en Colombia con la creación de las SAFP, que indudablemente llegan a marcar un hito dentro del sistema pensional. Y es que el nuevo régimen de ahorro individual, aunque aparece como las fauces de las expresiones neoliberales que según gran parte de los entendidos en el tema llegó para aniquilar el sistema de Seguridad Social en pensiones de corte Estatal, dentro del presente trabajo investigativo, se llegó a ver el que también logró dar un respiro al colapsado estado fiscal colombiano, al permitir la tendencia de equilibrar al menos en corto y mediano plazo la relación cotizante/pensionado, logrando así permitir que el régimen de pensión Estatal pudiese recobrar su viabilidad, posibilitando la coexistencia de los dos regímenes pensionales que actualmente conocemos en Colombia.

REFERENCIAS

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Porrúa México 1999

ASOFONDOS, Boletín Resultados Abril de 2010.

<http://www.asofondos.org.co/VBeContent/NewsDetail.asp?ID=66&IDCompanny=3>

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. LEGIS 2007.

AYALA, Ulpiano. Evaluación de Sistema Pensional Colombiano.

BANCO DE LA REPUBLICA, BIBLIOTECA LUIS ANGEL ARANGO, informe 2006.

<http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo46.htm>

BIBLIOTECA LUIS ANGEL ARANGO "política fiscal" 2006

<http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo28.htm>

CÉSAR Alonso Julio, OLIVERA Mauricio, FAINBOIM YAKER Israel.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 21 de septiembre de 2000

COMISIÓN DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO, (1997) "El saneamiento fiscal, un compromiso de la sociedad" Tema I, Diagnóstico Propuestas para su consolidación y modernización, Reasumen Ejecutivo Fedesarrollo, mayo 1998

CARRILLO GUARIN, Julio cesar. Reforma Constitucional L Sistema de Pensiones. (Bogotá 2005) Según la exposición de motivos del Acto Legislativo pensional de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-409 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-426, T-427, T-491, T-534, T-571, de 1992, T-011, T-116, T-124, T-356 de 1993, T-111 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-461de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-168 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-168 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia. C-410/97

LA CORTE CONSTITUCIONAL, en la Sentencia C-608/99, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, consideró que esa asignación como base de la pensión "debe tener carácter remuneratorio de las actividades que realizan los congresistas". Esto significa que en la asignación no pueden incluirse "aspectos ajenos a la retribución que el congresista recibe", tales como pasajes y otros gastos

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-129 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia. C-989/99

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1344/00

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2002

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-754 de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL, mediante Sentencia C-451-05 de 3 de mayo de 2005, Magistrada Ponente Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 12 de diciembre de 1974.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 27 de 1998 (Rad.10.440)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 29 de 1998. (Expediente 10.803). Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de marzo de 2003 (Rad.18.232).

DIARIO OFICIAL Nº 45980 de julio 25 de 2005

DIAZ BUENO, Javier Reformas constitucionales a la Seguridad Social. 1992

FEDESARROLLO “La Sostenibilidad de la Política Fiscal en América Latina: “EL CASO DE COLOMBIA” 2006

<http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubR-319.pdf>

GONZALES CHARRY, Guillermo. Prestaciones Sociales Del Sector Privado. Bogotá: Editorial Temis 1966

GOÑI MORENO, José María. Derecho de la previsión social. Buenos Aires, 1.950

HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1996

HERRERA VERGARA, José Roberto. La transición pensional. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2004

LOPEZ MONTAÑO, Cecilia. Seguridad Social, derecho fundamental, base para el bien común, Bogotá 1994.

NARANJO MEZA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Ed. Temis 1995.

MESA LAGO, Carmelo. Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América latina. Revista CEPAL. 2001

OFICINA DE PLANEACIÓN E INFORMÁTICA, Informes estadísticos. Bogotá, 1999

QUIJANO, Fernando. A la Reforma de la Seguridad Social en Colombia. Problemática y perspectivas, Revista Javeriana Julio de 1999.

QUINTERO SEPÚLVEDA, Álvaro, *Régimen de transición pensional de los empleados públicos*. Jurisprudencia de las Altas Cortes. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2006.

PENSIONES Y CESANTÍAS, Nueva Cultura del Ahorro. Revista Clase Empresarial. 1996

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano, Bogotá: Editorial Temis 1997

UPRIMY, 2002. Conveniencia Legitimidad del control constitucional a la economía. En *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*. Bogotá: Editorial Uniandes