



**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
SECCIONAL CUCUTA
BIBLIOTECA MANUEL JOSE VARGAS DURAN**

RESUMEN – TESIS DE GRADO

| |
|--|
| KAREM TATIANA LEAL RANGEL <u>ANA MARIA RINCON RANGEL</u> Autoras. |
| FACULTAD DE DERECHO |
| CAMILO PEÑARANDA PABON Director |
| EVOLUCION DEL MODELO PENSIONAL EN COLOMBIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL Titulo de la Tesis |
| RESUMEN: Evolución del Modelo Pensional en Colombia desde el punto de vista Jurisprudencial; Elaborado por: Karem Tatiana Leal Rangel y Ana María Rincón Rangel; Facultad de Derecho; Universidad Libre de Colombia; Año 2007; requisito para optar al Título de Abogado; ¿Cuál ha sido la evolución histórica que ha sufrido el Sistema Pensional Colombiano a lo largo de su vida institucional, teniendo en cuenta los acontecimientos históricos y cuales son las perspectivas y principales definiciones y posiciones adoptadas por la Jurisprudencia Nacional Colombiana frente al Sistema Pensional del País?; La Seguridad Social es uno de los elementos mas importantes de la vida social, sin embargo, se ha debido trasegar abriendo paso al solidarismo social, por lo que se dice que la solidaridad es la razón de ser de la seguridad social y por lo tanto va determinado la finalidad y sus propósitos. Un modelo pensional no es una idealización pura del legislador sino para responder a la necesidad misma del Estado y de la sociedad. No debe olvidarse que toda esta evolución gira en torno a la preocupación de definir si el sistema pensional es auto sostenible y viable, frente a las situaciones que se hacen cada vez más evidentes en nuestro país. Metodología; Analítica – descriptiva; La Seguridad Social ha debido sufrir la influencia del desarrollo social humano, es decir, es producto de la evolución del hombre y de aspiración para procurarse bienestar en el presente y el aliciente de un futuro tranquilo. Sin la existencia des Principio de Solidaridad no puede entenderse el nacimiento de las principales instituciones de la Seguridad Social. La Pensión como respuesta a esta solidaridad nace tras un largo proceso en el que se reconoce la necesidad de atender al individuo o a su familia frente al desamparo. En Colombia con la expedición de la Ley 100 de 1993 se planteo la posibilidad de eliminar el sistema público de Pensiones (de Reparto), adoptando el de capitalización pero debido al oposición de algunos sectores como el sindical se implemento un sistema verdaderamente ecléctico, con el cuál se planteó la libre competencia entre el componente público y el privado dejando subsistir paralelamente a los dos. |

CARACTERISTICAS: PAGINAS: 159 CD-ROM: 01

EVOLUCIÓN DEL MODELO PENSIONAL EN COLOMBIA
DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

KAREM TATIANA LEAL RANGEL
ANA MARIA RINCON RANGEL

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
CUCUTA
2007

EVOLUCIÓN DEL MODELO PENSIONAL EN COLOMBIA
DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

KAREM TATIANA LEAL RANGEL
ANA MARIA RINCON RANGEL

Monografía presentada como requisito
para optar al título de Abogado

Director
CAMILO PEÑARANDA PABON
Abogado

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
CUCUTA
2007

A Dios,

A Nuestros Padres por su incansable lucha,

A Nuestros Hermanos y Amigos,

A Todos aquellos quienes hicieron parte de este proyecto.

A Nosotras...

Infinitas Gracias a Dios, por iluminar nuestro camino con sabiduría y templanza.

A nuestros padres por sus sacrificios, por su apoyo incondicional y por su confianza para hacer cumplir nuestras metas que hoy se hacen realidad.

A la vida que tenemos y a nuestros grandes amigos, siempre incondicionales.

A profesores y compañeros que dejan parte de su existencia, para dar vida a las ilusiones de niñas que hoy se hacen realidad.

A nuestro Director de Tesis, Dr. Camilo Peñaranda, quien nos brindó su orientación y experiencia en el camino recorrido.

A mi compañera de tesis, pues sin ella no hubiese sido realidad este proyecto.

Este es solo el comienzo de una gran historia de virtudes.

Gracias a nosotras y nuestras familias.

Muchas gracias.

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUCCION | 9 |
| 1 GENERALIDADES | 11 |
| 1.1 EL PROBLEMA | 11 |
| 1.1.1 Planteamiento del problema | 11 |
| 1.1.2 Formulación del problema | 13 |
| 1.1.3 Sistematización del problema | 13 |
| 1.2 JUSTIFICACION | 13 |
| 1.3 ALCANCES Y LIMITACIONES | 14 |
| 1.4 OBJETIVOS | 14 |
| 1.4.1 Objetivo general | 14 |
| 1.4.2 Objetivos específicos | 14 |
| 2 MARCO REFERENCIAL | 16 |
| 2.1 ANTECEDENTES | 16 |
| 2.2 BASES TEORICAS | 16 |
| 2.2.1 Sistema general de pensiones | 16 |
| 2.2.2 Los regímenes pensionales | 17 |
| 2.3 BASES CONCEPTUALES | 17 |
| 2.4 BASES LEGALES | 18 |
| 2.4.1 Constitución Política colombiana de 1991 | 18 |
| 2.4.2 Ley 100 de 1993 | 18 |
| 2.4.3 Ley 797 de 2003 | 18 |
| 2.4.4 Ley 860 de 2003 | 18 |
| 2.4.5 Jurisprudencia | 18 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3 DISEÑO METODOLOGICO | 20 |
| 3.1 TIPO DE INVESTIGACION | 20 |
| 3.2 FUENTES DE INFORMACION | 20 |
| 3.2.1 Fuente de información primaria | 20 |
| 3.2.2 Fuente de información secundaria | 20 |
| 3.3 TRATAMIENTO Y ANALISIS DE LA INFORMACION | 20 |
| 4 EL MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL | 21 |
| 4.1 CONCEPTO Y FORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL | 21 |
| 4.2 EVOLUCION HISTORICA | 21 |
| 4.2.1 La asistencia | 22 |
| 4.2.2 La previsión | 23 |
| 4.2.3 La responsabilidad patronal por los riesgos sociales | 25 |
| 4.2.4 Los seguros sociales obligatorios | 26 |
| 4.2.5 El bienestar familiar | 26 |
| 4.2.6 El bienestar social | 26 |
| 4.2.7 La seguridad social | 27 |
| 4.2.8 La protección social | 28 |
| 4.3 SISTEMAS CLASICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL | 29 |
| 4.3.1 Sistema de los seguros sociales obligatorios: el modelo alemán | 31 |
| 4.3.2 Sistema de la seguridad social: el modelo inglés | 33 |
| 4.3.3 Los Estados de bienestar | 35 |
| 4.4 REFORMAS ESTRUCTURALES EN AMERICA LATINA | 37 |
| 4.4.1 Panorama latinoamericano | 39 |
| 4.4.2 Los modelos pensionales | 42 |
| 4.4.3 Modelos sustitutivos | 47 |
| 4.4.4 Modelos mixtos | 50 |
| 4.4.5 Modelos paralelos | 51 |
| 5 EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES | 54 |

| | Pag. |
|---|------|
| 5.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL | 54 |
| 5.1.1 El artículo 48 | 59 |
| 5.1.2 El Acto Legislativo 1 de 2005 | 59 |
| 5.2 LOS REGIMENES PENSIONALES | 63 |
| 5.3 RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA | 66 |
| 5.3.1 El Instituto de Seguros Sociales | 69 |
| 5.3.2 Otras entidades que administran el régimen | 69 |
| 5.3.3 Financiación | 70 |
| 5.3.4 Beneficios y cobertura | 71 |
| 5.4 REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL | 72 |
| 5.4.1 Los fondos privados de pensiones | 73 |
| 5.4.2 Financiación | 73 |
| 5.4.3 Beneficios y cobertura | 75 |
| 6 POSICION DE LA JURISPRUDENCIA | 77 |
| 6.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL | 77 |
| 6.1.1 El derecho a la pensión como un derecho fundamental | 77 |
| 6.1.2 El derecho a la pensión y su afectación al mínimo vital | 78 |
| 6.1.3 Doctrina constitucional sobre derecho adquirido | 79 |
| 6.1.4 Las expectativas legítimas | 79 |
| 6.1.5 Derecho al reconocimiento de la pensión | 80 |
| 6.1.6 Pago oportuno de las mesadas | 80 |
| 6.2 LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA | 81 |
| 6.2.1 Derechos in nuce | 81 |
| 6.3 EL CONSEJO DE ESTADO | 81 |
| 7 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 83 |
| BIBLIOGRAFIA | 85 |
| ANEXOS | 86 |

LISTA DE CUADROS

| | Pág. |
|---|------|
| Cuadro 1. Comparación modelos clásicos | 36 |
| Cuadro 2. Modelos de los Estados de bienestar | 37 |
| Cuadro 3. Semanas requeridas para la pensión de vejez | 68 |
| Cuadro 4. Monto de las cotizaciones | 74 |

LISTA DE ANEXOS

| | Pág. |
|-----------------------------------|------|
| Anexo A. Sentencia C- 789 de 2002 | 87 |
| Anexo B. Sentencia C-089/97 | 112 |
| Anexo C. Sentencia C-623/04 | 125 |

INTRODUCCION

Sin lugar a dudas, la seguridad social es una disciplina que cada día adquiere más interés e importancia dentro del escenario nacional e internacional. Cada vez son más numerosas las disposiciones normativas que regulan algún tipo de situación de interés para esta que es una disciplina, pero a la vez una práctica tangible y concreta.

Y es que cada vez los Estados consideran que deben intervenir con mayor intensidad en la seguridad social para lograr parte de sus objetivos como organización social, económica y política. En últimas, “los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”; tal y como lo consagra el artículo 2º de la Carta Política colombiana.

En general, puede decirse que la seguridad social tiene como propósito garantizar algún grado de bienestar en el presente y, sobre todo, confianza en el futuro.

En este orden de ideas, un componente muy importante del esquema de seguridad social de un determinado país lo constituye el sistema pensional que se tenga organizado, el cual siempre pretende ser universal, en el sentido de involucrar a la totalidad de la población. Efectivamente, los sistemas pensionales siempre consideran que como presupuesto ideal se debe procurar que todas las personas de alguna manera participen en su construcción y obtengan sus beneficios.

De igual forma, se ha venido transformando la idea de que los beneficios de una pensión son producto de la concesión graciosa de quien debe responder por ella, o que se obtiene de forma gratuita y como resultado de la mera generosidad del Estado o de la respectiva empresa. No, la tendencia crece hacia la concepción de que la pensión es el fruto de la “construcción” de ella como resultado de unos aportes o del esfuerzo económico conjunto de la persona, de la empresa a la que estuvo vinculado laboralmente y del Estado mismo.

Efectivamente se ha superado en buena parte la reflexión que conducía a pensar en que la pensión era el resultado necesario de toda una vida de esfuerzo y dedicación al servicio de una empresa o entidad; que era la retribución lógica frente al deterioro y desgaste de las facultades físicas y mentales de una persona; y más todavía, una conquista laboral obtenida como producto de la confrontación entre una organización sindical y su antagonista.

La crisis de los esquemas pensionales se dio en buena parte por una multiplicidad de factores, entre ellos los cambios demográficos que muestran una tendencia hacia el “envejecimiento” de las poblaciones, que no es otra cosa distinta al aumento creciente de la expectativa de vida de las personas; unido a ello la carga de un pesado lastre “pensional”

imputable a épocas en donde los esquemas pensionales no lograron entender que en algún momento haría crisis un sistema “desfinanciado” en buena parte porque se fue muy laxo en el reconocimiento de los beneficios de la jubilación, tal y como ocurrió en muchas empresas y entidades en las que sus funcionarios o empleados lograban la pensión con veinte años de servicios a cualquier edad, trayendo como resultado a pensionados con cuarenta años de vida o quizás menos.

Todas estas reflexiones para llegar a entender mejor cuáles podrían ser las razones de un sistema en crisis en donde se habla frecuentemente de una “bomba pensional”; en el que se describe un panorama muy desolador y pesimista; de un sistema que endurece cada vez más los requisitos y exigencias para acceder a los beneficios de una pensión.

Esta es, entonces, la razón que ha impulsado la elaboración de este trabajo de investigación: entender cómo funciona el sistema pensional colombiano. Para este propósito, sin embargo, se debió hacer una descripción de cómo evolucionó hasta lo que es hoy, y cómo puede vérselo dentro del contexto internacional, especialmente frente a los demás países del vecindario latinoamericano.

En primer lugar, se elaboró una visión panorámica general de la seguridad social, detallando algunas instituciones antecedentes de lo que hoy propiamente es tal. Enseguida, se describieron los modelos clásicos de los que se ha servido la moderna concepción de esta disciplina. Posteriormente, se ensayó una breve exposición de los modernos sistemas sobre los que se funciona en la actualidad la seguridad social en su componente pensional. Luego se describieron las reformas estructurales que tuvieron lugar en Latinoamérica durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, enmarcando a Colombia en el que se denominó sistema paralelo. Enseguida se hizo un breve análisis del sistema pensional que tiene actualmente el país y la normatividad que a grandes rasgos lo rige. Finalmente se abordaron algunos aspectos que corresponden a la labor jurisprudencial de las altas cortes (Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado).

Sea entonces la oportunidad para señalar que los objetivos se cumplieron en buena parte, pues en general logró describirse cómo se produjo la evolución del sistema pensional colombiano, haciendo detalle de cuáles fueron sus antecedentes y cómo fue poco a poco cambiando la panorámica hasta la época presente. Se logró también hacer, aunque muy breve, un recuento de algunos pronunciamientos y posiciones de la jurisprudencia nacional respecto de algunos temas de las pensiones.

1 GENERALIDADES

1.1 EL PROBLEMA

Existe en Colombia un modelo pensional que es producto de una evolución histórica propia en la que se han acogido a su vez sistemas pensionales traídos de otros países, pero con los ajustes necesarios que lo hacen poseer unas características bien definidas.

1.1.1 Planteamiento del problema. Sin dejar de reconocer, o al menos mencionar, las que pudieran ser algunas de las más remotas instituciones antecedentes al concepto mismo de seguridad social¹, y más recientemente entidades mejor definidas², lo cierto es que hoy la sociedad moderna ha logrado concebir como esencial, y más aún, fundamental para el logro de la que pudiera llamarse “justicia social”, la garantía para el individuo de obtener protección frente a las más importantes eventualidades que le puedan representar un menoscabo o amenaza para su misma existencia.

La seguridad social se ha convertido en uno de los más importantes elementos de la vida social, materializándose de muy diversas maneras frente a las situaciones que suponen vulnerabilidad o fragilidad para el individuo destinatario de esta protección.

Sin embargo, para llegar a este punto en el que, sobre todo, se ha logrado en buena medida superar el individualismo heredado de las ideas liberales que encontraron profundo arraigo luego de la Revolución Francesa y las presiones ejercidas por la clase obrera con ocasión de la Revolución Industrial, se ha debido trasegar abriendo paso al solidarismo social, por lo que incluso se dice que es la solidaridad la razón de ser de la seguridad social. “El principio de la solidaridad constituye la «ratio» o razón de ser de la seguridad social y por lo tanto la piedra filosofal que la inspira y, en consecuencia, va determinando la finalidad y sus propósitos”³.

Pero más allá de esta última concepción de la seguridad social, que tuvo quizás como principal y primer mentor, en el conocido “Informe Beveridge” que forjó el modelo inglés de tipo asistencial, recientemente se ha venido mutando hacia un modelo un poco más

¹ Se puede mencionar incluso la referencia bíblica que se hace en el Antiguo Testamento (Génesis 30-50) de José, hijo del patriarca Jacob, quien se ganó el favor del faraón al profetizar siete años de prosperidad, seguidos de siete años de penurias y escasez, por lo cual fue nombrado primer ministro, encargándose de almacenar alimentos para ser utilizados durante los siete años de hambre. Cuando llegó la época de las llamadas vacas flacas (porque esa fue la manera en que se manifestó el sueño del faraón), Egipto consiguió sobrevivir gracias a la previsión de José.

² Los montepíos militares, por ejemplo, se crearon como depósitos de dinero descontados de sus ingresos a los integrantes de la milicia para socorrer a sus viudas y huérfanos.

³ CAÑÓN ORTEGON, Leonardo. Una visión integral de la seguridad social. Vol. 1. Santafé de Bogotá: Editorial Proa, 1988. p. 57

“neoliberal”, como se le califica porque se concibe a la seguridad social ya no tan inspirada en la solidaridad brindada amplia y generosamente por el denominado “Estado de Bienestar”.

Toda esta brevísima descripción de lo que tal vez sean los detalles más relevantes de la evolución de la seguridad social, y con ella por supuesto, de los regímenes pensionales, es apenas un intento para señalar que como institución social o institución jurídica, un modelo pensional encuentra inspiración y a su vez está determinada por una serie de variables sociales, políticas, ideológicas, económicas y jurídicas.

Un modelo pensional no es, pues, un invento o idealización pura del “legislador”, sino que más bien corresponde a la concepción que toma las mencionadas variables por quien está llamado a organizar dicho “modelo”, para responder así a la concepción misma del Estado y de la sociedad.

Por otra parte, la concepción del modelo pensional se inspira o apoya en la mayoría de las veces en experiencias extranjeras que pueden ser copiadas, matizadas o mezcladas de muchas maneras.

El modelo pensional colombiano⁴, por ejemplo, frente a sus homólogos de América Latina, afectados todos por una ola reformista verificada en la década de los noventa, logró estructurar un modelo paralelo, pues conservó (con algunas reformas y ajustes importantes) el antiguo sistema público administrado básicamente por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y las cajas de previsión (principalmente CAJANAL), haciendo entrar al escenario del mercado de las pensiones un sistema privado de ahorro individual inspirado fundamentalmente por el modelo chileno⁵. El modelo es, pues, paralelo porque no “sepultó”, como sí lo hicieron otros países del vecindario, el antiguo sistema basado principalmente en el reparto, permitiendo que subsistiera junto al nuevo sistema el de la capitalización individual.

Ahora bien, de la adopción de este modelo pensional que se vio materializado en la más reciente reforma estructural hecha al sistema⁶, que lo fue para todo el ámbito de la seguridad social y no solo para el caso de las pensiones, surgen dos regímenes que coexisten y que son excluyentes, pero que también hacen parte del denominado régimen contributivo: el régimen solidario de prima media con prestación definida (régimen público

⁴ Ibid. Op. Cit. P. 56. Dice Leonardo Cañón Ortegón: La reforma de la seguridad social Colombiana iniciada a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993 y que se encuentra en proceso de implantación, no contiene un modelo propio sino la transcripción del modelo Chileno inspirado por los mismos principios, pero directamente orientado a la sustitución de los esquemas de asistencia pública, previsión social y seguros sociales obligatorios que vino desarrollando el país durante las últimas cinco décadas.

⁵ MESA-LAGO, Carmelo. La reforma estructural de pensiones en América Latina: tipología, comprobación de presupuestos y enseñanzas. Artículo publicado en la Internet, página de la CEPAL. pp. 22 - 23

⁶ Se hace referencia a la Ley 100 de 1993.

de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad (régimen privado de capitalización).

Toda esta panorámica del sistema general de pensiones, que es en últimas el modelo pensional colombiano, hace evidente cuáles fueron los propósitos perseguidos con la reforma estructural que se materializó a través de la expedición de la Ley 100 de 1993, constituyéndose en un buen punto de partida hacia la definición de cuáles han sido sus resultados inmediatos, y cuáles los resultados a mediano y a largo plazo.

No debe olvidarse que toda esta evolución no solo histórica sino también institucional, gira en torno a una palpitante y quizás siempre latente preocupación, como es la de definir si el sistema pensional es auto sostenible y viable, frente a las situaciones que se hacen cada vez más evidentes, tales como el aumento insospechado de la expectativa de vida de la población, la mayor participación femenina en el mercado laboral, la cada vez más onerosa carga prestacional por cuenta del régimen de prima media, y una serie de variables que pronostican, no se sabe si con razón o sin ella, de una “bomba pensional”.

1.1.2 Formulación del problema. ¿Qué características marcan diferencias y semejanzas del modelo pensional colombiano frente a los otros regímenes pensionales, sobre todo de América Latina?

1.1.3 Sistematización del problema. ¿De qué manera han tenido influencia decisiva y determinante los modelos clásicos de los seguros sociales (modelo alemán) y de la seguridad social (modelo inglés) en la conformación del actual sistema pensional colombiano?

¿Cuál ha sido la evolución histórica que ha sufrido el sistema pensional colombiano a lo largo de su vida institucional, teniendo en cuenta los acontecimientos históricos más destacados desde el punto de vista económico, social, político e ideológico?

¿De qué manera se ha ejercido influencia sobre el actual modelo pensional colombiano por parte del movimiento reformador latinoamericano de las últimas décadas?

¿Cuáles son las perspectivas y principales definiciones y posiciones adoptadas por la jurisprudencia nacional colombiana frente al sistema pensional del país?

¿Cuáles pueden ser las debilidades y fortalezas, ajustes y reformas, del modelo pensional adoptado por la Ley 100 de 1993, tras casi trece años de existencia?

1.2 JUSTIFICACION

El tema propuesto para adelantar la investigación proyectada se justifica en la medida en que es de evidente y permanente actualidad dentro del área de la seguridad social, como

quiera que el derecho a la pensión se hace muy sensible para la gran mayoría de personas, especialmente para aquellas que sostienen una relación laboral dependiente.

De igual manera, se considera que la propuesta investigativa irá a ser de enorme importancia en la vida profesional futura de las autoras, si se tiene en cuenta que se encuentra en la línea de investigación propuesta una disciplina con enormes y muy interesantes perspectivas, en razón a que poco a poco se ha ido construyendo una cultura de la seguridad social.

Así las cosas, el interés personal por el tema es innegable y constituye un punto de partida hacia una inclinación en la que las autoras coinciden en considerar que muy posiblemente corresponda a futuros estudios de profundización y acaso, especialización.

Para la comunidad universitaria representará, con toda seguridad, una propuesta original de la que podrán también servirse de apoyo otros investigadores que decidan inclinarse por el amplio conocimiento de la seguridad social en general, y de las pensiones en particular.

Finalmente, el trabajo podrá también servir de fuente de consulta para todas aquellas personas, legos o expertos, que quieran tener alguna información o punto de vista sobre el tema del modelo pensional colombiano.

1.3 ALCANCES Y LIMITACIONES

En consideración a que el sistema pensional colombiano se nutre de una enorme cantidad de disposiciones jurídicas estatutarias y reglamentarias, así como de múltiples pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, con la presente investigación se procurará hacer una descripción analítica de las características más destacadas e importantes que constituyen sus rasgos más representativos.

Constituye, entonces, como principal limitación, la necesidad de abordar el tema pero limitándolo a lo que es hoy el sistema general de pensiones que diseñó la Ley 100 de 1993, viéndolo como resultado de un largo y dinámico proceso jurídico, económico, social y político.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general. Describir la evolución del sistema pensional colombiano, analizando la influencia ejercida en su estructuración por algunos modelos pensionales extranjeros, y adicionalmente a ello, las posiciones de la jurisprudencia colombiana a lo largo de esta evolución.

1.4.2 Objetivos específicos. Describir la influencia que los modelos clásicos de la seguridad social (bismarkiano e inglés) han tenido en la conformación del actual sistema

pensional colombiano, señalando las características propias que aún se conservan.

Describir la evolución histórica que ha sufrido el sistema pensional colombiano a lo largo de su vida institucional, indicando los principales acontecimientos o hitos de naturaleza económica, social, política e ideológica.

Determinar cómo se puede clasificar el modelo pensional colombiano en el contexto latinoamericano, teniendo en cuenta las principales corrientes reformadoras de las últimas décadas.

Analizar las perspectivas y principales definiciones y posiciones adoptadas por la jurisprudencia nacional colombiana frente al sistema pensional del país.

Establecer las debilidades y fortalezas, ajustes y reformas, del modelo pensional adoptado por la Ley 100 de 1993.

2 MARCO REFERENCIAL

2.1 ANTECEDENTES

La reforma estructural de pensiones en América Latina: tipología, comprobación de presupuestos y enseñanzas. Su autor es el destacado catedrático y economista Carmelo Mesa-Lago, quien en este documento presentado para la Consulta Subregional sobre la Reforma y Desarrollo de las Pensiones llevada a cabo en la ciudad de Lima, en el mes de octubre de 1997, hace una descripción comparativa bien completa de las principales reformas a los sistemas pensionales de América Latina desde 1981 hasta 1997 en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú y Uruguay.

Oscar José Dueñas Ruiz, importante catedrático y profesor universitario, máster de seguridad social de la OISS⁷ y de la Universidad de Alcalá de Henares (España) quien en su libro *Las Pensiones*, aporta una valiosa información acerca de muchos de los aspectos relevantes para el trabajo de investigación propuesto, pero sobre todo porque analiza el tema destacando los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana.

José Luis Tortuero Plaza, quien es profesor de la Universidad Complutense de Madrid, siendo un ensayo que se encuentra publicado en la Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Laborales de España, publicado en la página web de dicho ministerio, el cual titula como “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista”. Se trata de un importante análisis de las reformas verificadas en España y el contexto de la Comunidad Europea.

2.2 BASES TEORICAS

2.2.1 Sistema general de pensiones. El denominado sistema general de pensiones en Colombia, consagrado en la Ley 100 de 1993, está concebido de tal manera que en él subsisten concomitantemente dos regímenes que casi pudiera decirse son antagónicos, contradictorios y excluyentes. Por esta razón se afirma que el modelo pensional colombiano es uno de los típicos sistemas paralelos, en contraposición a los sistemas substitutivos y mixtos.

Este paralelismo se evidencia principalmente porque tras la reforma estructural que tuvo lugar a mediados de la década de los noventa, se dejó “subsistir”, por supuesto con algunos ajustes a la forma original, un modelo anterior que ha venido siendo objeto de reformas en otros países del entorno latinoamericano.

⁷ Organización Iberoamericana de Seguridad Social de la que Colombia cuenta con una de sus sedes para el área Andina en la ciudad de Bogotá.

2.2.2 Los regímenes pensionales. De esta manera, la gran reforma de la seguridad social que tuvo lugar con la expedición de la Ley 100 de 1993, instituyó el denominado “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, el cual está a cargo del Instituto de Seguros Sociales y de las entidades previsionales que funcionaron antes de esta reforma y que hoy subsisten (CAJANAL, CAPRECON y algunos fondos). En este sistema se consagra lo que se denomina un “régimen de reparto”, por medio del cual se constituye un fondo común público del que se hace responsable el Estado mismo, teniendo los aportantes al sistema garantizada una prestación definida luego de cumplidos los requisitos para acceder a la pensión (semanas de cotización, edad y en algunos casos fidelidad al sistema).

Por otra parte, se implantó como novedad lo que en algún momento pretendió ser el único sistema vigente: el “Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”. Con este sistema que se copió al modelo chileno y que fue original y pionero de muchos otros modelos adoptados en Latinoamérica, se dejó en manos de los fondos privados de pensiones (particulares) al administración de los ahorros de los aportantes, de tal suerte que la pensión finalmente se “construye” con el ahorro en cuentas individuales que le pertenecen exclusivamente a él⁸. Financieramente se trata de un régimen de capitalización plena con contribuciones no necesariamente definidas y prestaciones igualmente no definidas.

El primero de estos sistemas o formas en que se “construye” una pensión tiene un carácter público, es decir que la entidad encargada de su administración hace parte del Estado.

2.3 BASES CONCEPTUALES

AFP. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones creada con arreglo a las normas especiales que regulan el sistema financiero y funciona bajo la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera. Una AFP puede administrar uno o varios fondos de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual. Su patrimonio es independiente del de los fondos, que son propiedad de los afiliados.

CUENTAS INDIVIDUALES DE AHORRO PENSIONAL. Las cotizaciones obligatorias y voluntarias se abonan a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, quien solo podrá tener una cuenta.

FONDO DE PENSIONES. Es el conjunto de afiliados y aportes, operaciones y canalización de recursos de ahorros pensionales pertenecientes a un determinado sector de la población afiliada al Régimen de Ahorro Individual. El fondo por sí solo no tiene personería jurídica y lo representa judicialmente o extrajudicialmente la respectiva AFP. En su administración toman parte la AFP y los afiliados.

⁸ Sin embargo, y a pesar de que la administración es privada, el Estado ejerce estrictos controles y vigilancia permanente a esta administración, especialmente a través de la Superintendencia Financiera de Colombia.

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Este régimen es el conjunto de entidades, normas y procedimientos mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a los afiliados. Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de la garantía de la pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad.

REGIMEN DE PRIMA MEDIA. Es aquel mediante el cual el afiliado o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez, o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva, de conformidad con las normas establecidas en la ley de seguridad social y sus decretos reglamentarios. A este régimen se le aplican las disposiciones vigentes para el seguro de invalidez, vejez y muerte a cargo del ISS, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

2.4 BASES LEGALES

2.4.1 Constitución Política colombiana de 1991. Se tendrá en cuenta de manera especial el artículo 48 en el que encuentra consagración el derecho a la seguridad social. De igual manera, y como norma incorporada a la misma Constitución Política, se destaca la importancia que sobre el tema aporta el Acto Legislativo número 1 de 2005, por medio del cual se reformó el mencionado artículo 48 constitucional.

2.4.2 Ley 100 de 1993. Por medio de la cual se creó el sistema general de seguridad social, y en interés particular para la investigación el sistema general de pensiones. Libro primero, artículos 10 al 151.

2.4.3 Ley 797 de 2003. Por medio de la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

2.4.4 Ley 860 de 2003. Introdujo también algunas reformas al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, especialmente con relación a la pensión de invalidez.

2.4.5 Jurisprudencia. Se citan algunos pronunciamientos de la jurisprudencia nacional, sin perjuicio de las otras muchas que indudablemente existen.

➤COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C- 408 de 1994, C-027 de 1995, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-569 de 1996, C-054 de 1998C-711 de 1998, C-714 de 1998, C-988 de 1998, C-03 de 2000, C-1373 de 2000, C-616-2001, C-246 de 2001, C-130 de 2002.,

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación

Laboral. Radicación No. 4640 de mayo 21 de 2001.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 7109 de enero 27 de 2005.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 14240 de septiembre 18 de 2000.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 14207 de enero 30 de 2001.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 15760 de julio 26 de 2001.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 17460 de julio 10 de 2002.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 24424 de mayo 31 de 2005.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 23414 de julio 26 de 2005.

➤COLOMBIA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 24812 de febrero 21 de 2006.

3 DISEÑO METODOLOGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACION

El tipo de investigación proyectada será de naturaleza socio-jurídica porque se hará un análisis de la normatividad y la jurisprudencia existentes en la materia, con fundamento en el método hermenéutico, para confrontar con la realidad el cumplimiento de esta normatividad. La presentación formal de hará en forma de monografía.

3.2 FUENTES DE INFORMACION

3.2.1 Fuente de información primaria. Normas jurídicas y jurisprudencia nacional.

3.2.2 Fuente de información secundaria. Procedente de libros y textos que tratan el tema, así como demás documentos obtenidos a través de la Internet.

3.3 TRATAMIENTO Y ANALISIS DE LA INFORMACION

Recopilada la información con base en la técnica de fichas conceptuales y fichas bibliográficas se hará un análisis comparativo para determinar la influencia de los modelos pensionales en Colombia.

4 EL MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1 CONCEPTO Y FORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Ensayar una definición de lo que es seguridad social no es fácil, especialmente porque el concepto está compuesto por dos vocablos cuyo contenido semántico es amplísimo. Sin embargo, el término es relativamente nuevo, y ha estado precedido de otras formas próximas, pero que por sí solas no logran alcanzar la comprensión total de su definición.

Es importante resaltar que la seguridad social involucra no solo instituciones jurídicas sino también de contenido social, con un alto componente económico y financiero que le imprimen especial complejidad a su dinámica. Dicho en otros términos, la seguridad social no hace parte necesaria y exclusiva de la “ciencia jurídica”, sino que se amalgama estrechamente con la “ciencia social”.

En general, se puede entender por seguridad social el conjunto de “mecanismos de protección social que se han venido creando a iniciativa individual, de determinados grupos sociales o del Estado, con el fin de proteger a la población en general o a algunos sectores de mayor influencia o con necesidades sociales consideradas prioritarias”⁹.

Tras la definición acabada de explicar surge, sin embargo, otra dificultad y es la de entender el concepto de “protección social”, el cual, parece, ha venido abriéndose campo con tendencia a reevaluar, tal vez, el de “seguridad social”.

Al respecto, pero sin pretender ir más allá de la mera enunciación, la Ley 789 de 2002 define así el concepto de sistema de protección social: “Artículo 1°. Sistema de Protección Social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo”.

4.2 EVOLUCION HISTORICA

No puede decirse que la seguridad social haya hecho aparición espontánea; ni que su surgimiento obedezca, tampoco, a la promulgación de una disposición normativa; o porque el Estado haya creado una institución o entidad gubernamental o privada a la que denominara de tal forma. No, la seguridad social, tal y como debe ser entendida, implica la conjugación de muchas instituciones antecedentes que le dieron su origen, pero que no

⁹ CAÑON ORTEGON, Leonardo. Evolución de los conceptos de seguridad social y sistema de seguridad social en Colombia. Diez años del sistema de seguridad social colombiano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2003. p. 19

necesariamente han desaparecido, sino que más bien hacen parte de la seguridad social misma.

Se pueden mencionar conceptos tales como los de la asistencia, la previsión, la responsabilidad patronal por riesgos sociales, los seguros sociales obligatorios, el bienestar familiar, el bienestar social y la protección social; todos los cuales guardan relación estrecha con la seguridad social¹⁰.

4.2.1 La asistencia. Puede mencionarse la institución de la asistencia como el antecedente más remoto, pero también el más elemental y primario dentro de lo que podría llamarse la evolución histórica de la seguridad social.

La asistencia en realidad es la ayuda o socorro que una persona prodiga a otra, en razón a múltiples consideraciones. Entre otras, y tal vez la que más fuerza tiene, es la del parentesco, a través de la cual se han creado instituciones de asistencia familiar muy importantes, tales como las obligaciones alimentarias de los padres para con los hijos y las obligaciones de socorro de los hijos para con sus progenitores.

La caridad cristiana también es otra de las formas en que se presenta la institución de la asistencia, constituyéndose esta doctrina de origen religioso en fuente de inspiración que ha dado origen a la conformación de las fundaciones de utilidad común, creadas para atender necesidades de salud para los más necesitados y amparo para las personas en situación de indigencia. Sería el caso de los leprocomios o lazaretos y de la mayoría de los antiguos hospitales de beneficencia. Es de resaltar que buena parte de las instituciones que fueron creadas bajo la inspiración de la moral cristiana, que resalta la caridad como un importantísimo valor, estuvieron a cargo de la Iglesia católica, o al menos de organizaciones, órdenes o congregaciones religiosas.

El altruismo de algunas personas también ha permitido la creación de fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro de carácter privado en las que atiende a las personas más desamparadas.

De igual manera, y como respuesta a la necesidad de atender intereses comunes a un grupo de personas, bien sea por solidaridad gremial o entre colegas, o por responsabilidad colectiva o social, se presentan múltiples formas de asistencia, tales como las asociaciones profesionales: gremios de artesanos, sindicatos, ligas de productores, colegios profesionales, etc.

Otra forma más de asistencia es la denominada asistencia pública que nace, “entre otras razones, por el cambio en la filosofía de un Estado liberal hacia el Estado social, o prestador de servicios, que generó la intervención de éste en la actividad privada, para

¹⁰ CAÑON. Una visión integral de la seguridad social. pp. 13 - 25

ocuparse de la atención de las necesidades sociales de ciertos grupos de población generalmente con escasos recursos o sin ellos”¹¹.

La asistencia pública tuvo generalmente dos formas de aplicación: en primer lugar, la asistencia representada por apoyo económico, ofrecida por el Estado a las fundaciones o asociaciones privadas sin ánimo de lucro tales como a los orfanatos, ancianatos y hospitales de caridad. La otra forma tuvo lugar cuando el Estado mismo creó, organizó y administró directamente por su propia iniciativa y con recursos públicos la asistencia a las personas más necesitadas, especialmente porque resultó insuficiente la asistencia privada y por el considerable crecimiento de las necesidades sociales.

Finalmente, puede citarse el caso de la asistencia social que corresponde a la labor a cargo del Estado pensando, ya no necesariamente en el sector de la población afectado por la precariedad económica que la conduce a la indigencia¹², sino sobre todo respecto de aquel segmento poblacional que no logra acceder por sus precarios recursos a los servicios de ofrece la seguridad social, tales como los seguros sociales, la previsión social, las asignaciones salariales, etc. en aplicación del principio de la solidaridad, que es, como dicen algunos, la razón de ser de la seguridad social¹³.

Algunas manifestaciones de lo que esta institución significa están representadas en la consagración del derecho a un salario mínimo para los trabajadores; del derecho a un mínimo de ingresos para la subsistencia o mínimo vital que pueden reclamar las personas en estado de necesidad, previa aprobación de la carencia de recursos; o el derecho a beneficiarse de una pensión nacional mínima, que se da a las personas que llegan aun determinada edad, por el solo hecho de pertenecer a la sociedad correspondiente¹⁴.

4.2.2 La previsión. Una primera aproximación del concepto de previsión como forma antecedente e integrante de la seguridad social corresponde al significado mismo del vocablo. Previsión, como lo señala la segunda acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, denota la “acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles¹⁵”. Prever, por su parte, significa “ver con anticipación” y “disponer o preparar medios contra futuras contingencias”¹⁶.

La previsión lleva implícitos dos elementos: uno de carácter psicológico, de prever,

¹¹ Ibid. p. 17

¹² Tal vez porque resulta odiosa y en cierta forma peyorativa, la mención de “indigencia” ha sido reemplazada por la de “extrema pobreza”.

¹³ CAÑÓN ORTEGON, Leonardo. En su obra *Una Visión Integral de la Seguridad Social*, p. 57 dice: El principio de la solidaridad constituye la “ratio” o razón de ser de la seguridad social y por lo tanto la piedra filosofal que la inspira y, en consecuencia, va determinando la finalidad y sus propósitos.

¹⁴ CAÑÓN. Op. cit. p. 18

¹⁵ MICROSOFT. Encarta 2007. 1993 – 2006 Microsoft Corporation.

¹⁶ Ibid.

consistente en la reflexión individual o colectiva que se hacen las personas para estar conscientes sobre la posibilidad de que se lleguen a presentar hechos que generen necesidades futuras las cuales deberán satisfacerse individual o colectivamente; y, otro de carácter económico, de proveer algunos recursos, y que consiste en la operación o actividad orientada a disponer de una parte de los ingresos que se tienen en la actualidad para dejar de consumirlos en un momento dado y más bien guardarlos, con el objeto de que sirvan para atender las necesidades futuras que lleguen a presentarse.

Según que la reflexión y la provisión de recursos se hagan de manera individual o en forma colectiva, se estará frente a los tipos de previsión más frecuentes: el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado y la previsión social, respectivamente.

➤El ahorro individual. Consiste en que las personas por su propia iniciativa guardan alguna parte de sus recursos con el propósito de satisfacer necesidades en el futuro. Generalmente la posibilidad de ahorro se presenta cuando se han satisfecho la mayoría de las necesidades básicas del individuo y de su familia. Por supuesto, el ahorro es una forma muy elemental y básica de previsión. Sin embargo, se trata de una institución que podría decirse, ha entrado en crisis, especialmente por los fenómenos inciertos de la economía, tales como la devaluación monetaria. De igual forma, es evidente e innegable que el ingreso de las personas destinado para atender el innumerable cúmulo de necesidades en la sociedad moderna, hacen cada vez más limitada la práctica del ahorro.

➤La mutualidad. Es una forma de previsión colectiva, consiste en el esfuerzo que hace un grupo de personas, generalmente con necesidades o intereses comunes, buscando la protección a través del aporte de los grupos sociales para facilitar que con los recursos de todos sus miembros, puedan ser más fácilmente atendidas cuando afecten a uno de los individuos. A diferencia del ahorro individual, la mutualidad busca que sea la unión de esfuerzos la que permita atender con más éxito las contingencias futuras.

“Ciertamente la mutualidad aparece inspirada por el principio de la solidaridad grupal o social, como instrumento de redistribución de los recursos acumulados por el grupo con el propósito de atender en el futuro las necesidades individuales de cada uno de los componentes del mismo y especialmente como un mecanismo que permite para diluir el riesgo entre los miembros del grupo”¹⁷.

➤El seguro privado. Es otra de las instituciones que hacen parte de la previsión, pero con la especial característica de que tiene un fin eminentemente comercial. El seguro privado implica la celebración de un contrato de carácter privado entre un beneficiario y una compañía de seguros, según el cual ésta última cubre las contingencias o riesgos que pudieran afectar gravemente al tomador o a sus beneficiarios. En el contrato de seguros la compañía aseguradora administra unos determinados riesgos que involucran la vida, la

¹⁷ CAÑON, Op. cit. p. 19

salud, los bienes y otros intereses de contenido fundamentalmente patrimonial, de un grupo grande de personas, en lo que se constituye en un juego de probabilidades que en el mundo de la ciencia actuarial se denomina la “ley de los grandes números”.

➤La previsión social. ES una figura que nace como respuesta a las reivindicaciones laborales, impulsadas además por la concepción proteccionista del Estado, resultado de las presiones de la Revolución Industrial del siglo XIX, frente al crecimiento desmesurado de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. De esta manera hace obligatorio el aseguramiento de los trabajadores para la protección de las necesidades de los trabajadores asalariados, dando lugar, en esta forma a los sistemas de previsión social de amplio especto y de afiliación obligatoria.

Entre las instituciones de la previsión social, la mutualidad y el seguro privado existen algunas importes diferencias: En primer lugar, la previsión social no tiene un ánimo de lucro como sí lo tiene la mutualidad y el seguro privado. En segundo término, en la previsión social no participan financieramente los interesados sino los empresarios y el Estado; situación que no se presenta con la mutualidad y el seguro privado. En tercer lugar, la previsión social guarda un contenido de solidaridad social, mientras que las otras instituciones son de origen predominantemente individualista.

4.2.3 La responsabilidad patronal por los riesgos sociales. Surge este concepto especialmente en los sistemas de seguridad social estructurados sobre la base de una relación laboral, con el propósito de ofrecer protección a la fuerza de trabajo perteneciente a la economía formal. Deriva este tipo de responsabilidad de la necesidad de atender las contingencias ocasionadas inicialmente por los riesgos profesionales a que están expuestos los trabajadores y posteriormente por otras contingencias que los afectan tanto a ellos como a sus familias.

Se manifiesta esta forma de protección social en mecanismos a cargo del empleador mismo en lo que suele denominarse la seguridad social laboral o protección patronal, que no es aquella que se delega a instituciones especializadas de la seguridad social, como aparecerá más tarde en los seguros sociales obligatorios.

Esta etapa de la seguridad social supuso una larga y difícil evolución entre una concepción, podría decirse civilista¹⁸, de la responsabilidad patronal en lo que respecta particularmente a los riesgos derivados del trabajo dependiente, hasta llegar a la creación de una responsabilidad objetiva para los riesgos profesionales en donde se lograra de alguna

¹⁸ Ibid. p. 21 Dice este autor que “antes de que aparecieran las diversas formas de protección que conforman la seguridad social, para que los patronos o empleadores llegaran a incurrir en responsabilidad civil, contractual o extracontractual, por los daños causado en la persona del trabajador, resultantes o derivados de la actividad laboral, era necesario llegar a una definición de esa responsabilidad por parte del patrono, acudiendo a la demostración ante los jueces de los elementos clásicos, como el daño, la culpa y la relación de causalidad existente entre uno y otra, exigidos por los ordenamientos jurídicos de carácter civil.”

manera mantener un equilibrio real frente al desequilibrio que generalmente inclinaba la balanza hacia el extremo fuerte de la relación laboral: el del empleador.

Aunque para llegar al punto de la responsabilidad objetiva tuvo que darse el paso por diferentes figuras tales como el establecimiento o contratación de un seguro privado a favor de los trabajadores, o la elaboración de teorías jurídicas como la del riesgo profesional, la del riesgo de autoridad, la del riesgo general de empresa, del riesgo social, de la responsabilidad contractual, del caso fortuito y otras muchas¹⁹.

4.2.4 Los seguros sociales obligatorios. Aparecen en Alemania a finales del siglo XIX en respuesta, sobre todo, a las presiones sociales de la época²⁰, como un sistema de protección social y de traslado automático de la responsabilidad por los riesgos profesionales del empleador hacia una entidad de seguridad social. Dichos riesgos profesionales comprendían, como hoy siguen siendo, los accidentes de trabajo y las enfermedades generadas por el ambiente del trabajo.

A diferencia del seguro privado, los seguros sociales obligatorios no tienen un ánimo de lucro, pues corresponde a la aplicación del principio de la solidaridad colectiva y en cuya financiación participan los empleadores y el propio Estado.

Este sistema se constituye tal vez en el más importante y relevante antecedente de la seguridad social que tuvo difusión desde Alemania a toda Europa y a América Latina durante la primera mitad del siglo XX, dando origen a los institutos de seguros sociales y cajas de seguridad social que aún existen en la actualidad en la mayoría de los países. En Colombia fue creado el Instituto Colombiano de Seguros Sociales en el año de 1946.

4.2.5 El bienestar familiar. Es otra forma de protección de las necesidades sociales de la población, especialmente de aquella relacionada generalmente con las familias de los trabajadores. Se hace manifiesto el bienestar familiar a través de pagos o subsidios económicos u otras clases de servicios establecidos para atender las necesidades familiares de la población. Se trata, entonces, de los programas para solucionar problemas de desnutrición, abandono y desprotección de la niñez; inasistencia jurídica y alimentaria al niño y a la mujer; desprotección del anciano; desatención alimentaria a algunas comunidades especialmente vulnerables, entre otras.

4.2.6 El bienestar social. El concepto de bienestar social es utilizado en general para expresar toda acción dirigida a la atención de las diferentes necesidades sociales de la

¹⁹ Ibid. pp. 21 - 22

²⁰ Ibid. P. 23 También se mencionan la influencia del seguro privado como institución, en provecho del trabajador, pero indudablemente también como un alivio para el patrono. De igual manera, se responsabiliza en esta evolución a la especulación jurídica doctrinaria que fue depurando el tema de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pasando de estar en cabeza del empleador para radicar en la compañía aseguradora.

población, sea a iniciativa del Estado o de los empleadores para beneficio de sus trabajadores. También se utiliza el concepto en sentido restringido, para referirse a las acciones concretas tendientes al mejoramiento de las condiciones de bienestar para los trabajadores o funcionarios de una determinada institución. Esta última acepción está representada por las oficinas o secciones de bienestar social que funcionan en algunas de las instituciones de la administración pública, por vía de ejemplo, para adelantar actividades de recreación o esparcimiento de los trabajadores y sus familias.

4.2.7 La seguridad social. Las primeras veces en que fue utilizado el concepto de seguridad social como tal, fue en instrumentos jurídicos de carácter internacional como la Ley Americana de 1935, en la Ley de Nueva Zelandia de 1938, la Ley del Atlántico de 1941, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración Americana de Derechos del Hombre, también en 1948.

La influencia de este tipo de declaraciones a nivel universal o regional ha tenido como consecuencia la incorporación del concepto de la seguridad social en las constituciones políticas, en las legislaciones, en los aparatos administrativos de los Estados y en la sociedad en general, con menor o mayor cubrimiento, según el grado de evolución del respectivo sistema.

En general, el concepto de seguridad social comprende los programas públicos diseñados para proporcionar ingresos y servicios a los particulares en los supuestos de jubilación, enfermedad, muerte o desempleo. Estos programas comprenden temas como la salud pública, el subsidio de desempleo, los planes públicos de pensiones o jubilaciones, la ayuda por hijos y otras medidas extensivas a la familia. Los sistemas de seguridad social han ido surgiendo en los países industrializados, pero también en los que están en vía de desarrollo desde finales del siglo XIX. El propósito implícito de la seguridad social es el de intentar corregir los desequilibrios de riqueza y oportunidades.

En cuanto a la financiación, ha estado a cargo principalmente del Estado, aunque es evidente una creciente tendencia a que los usuarios mismos tomen parte importante en esta financiación para evitar el colapso que tarde o temprano aflora cuando los sistemas son en buena parte atendidos por subsidios provenientes del erario público. Sin embargo, en muchos países desarrollados se destina un buen porcentaje del producto interno bruto (PIB) al que suelen denominar “gasto social”.

Más recientemente, el objetivo de la seguridad social no solo es atender los riesgos de la sociedad industrial para los que “lleven a cabo una actividad profesional, sino suplir las carencias del sistema contributivo, falta de protección por no reunir los requisitos del aseguramiento y así conseguir el objetivo social de una cierta redistribución de la renta hacia los sectores no protegidos (inválidos que no haya realizado ninguna actividad

profesional o no hayan trabajador nunca, ancianos o inválidos, sin derecho a pensión, viudas sin recursos económicos, etc.)²¹.

4.2.8 La protección social. El concepto de protección social pretende contener una mayor cantidad de elementos que el de la seguridad social misma: la asistencia social y los servicios sociales.

La asistencia social involucra las rentas mínimas garantizadas que se reconocen a situaciones de extrema pobreza, de necesidad o de marginalidad social.

Los servicios sociales, por su parte, comprende no solamente los beneficios ofrecidos directamente por el Estado sino por la seguridad social propiamente, tal como los servicios de seguridad social o de salud pública para toda la población, los servicios sociales de fomento al empleo o de formación profesional, etc.

En Colombia con la expedición de la Ley 789 de 2002 se creó el Sistema de Protección Social y por la Ley 690 de 2002 fueron fusionados los ministerios de Salud y de Trabajo y Seguridad Social en uno solo que se denomina de la Protección Social.

En una definición que ensaya el mismo Ministerio de la Protección Social en Colombia, el concepto analizado contiene dos elementos en común. “El primero se refiere de alguna manera, a la idea de reducir la vulnerabilidad de los hogares frente a eventuales caídas de ingresos, a través de un mejor manejo del riesgo. También hacen alusión al apoyo que requieren las personas y comunidades que se encuentran en situación de pobreza”²².

Conjugando estas dos nociones (el aseguramiento y la asistencia social), el documento del Ministerio propone adoptar la siguiente definición: “Protección social: es una serie de intervenciones públicas para: a) ayudar a las personas, familias y comunidades a manejar mejor el riesgo, y b) apoyar a los más pobres en situación crítica. Se observa que en esta definición hay dos componentes. El primero, que busca un mejor manejo del riesgo, corresponde al concepto de aseguramiento. El segundo, que procura prestar ayuda a los más pobres, se refiere a una intervención de carácter asistencial”²³.

Finalmente habrá que decir que las políticas gubernamentales pretenden que se vayan agrupando al Sistema de Protección Social, el Sistema de Seguridad Social Integral, al Sistema General de Pensiones, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al Sistema General de Riesgos Profesionales, al Sistema de Bienestar Familiar –ICBF-, al Sistema Nacional de Aprendizaje –SENA-, al sistema de subsidio familiar, al sistema de trabajo y empleo, a la Red de Solidaridad, etc.

²¹ Ibid. p. 24

²² COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL. El concepto de la protección social. Publicación en la página web del Ministerio. www.minproteccionsocial.gov.co p. 7

²³ Ibid. p. 7

4.3 SISTEMAS CLASICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resulta importante entender que antes de la aparición de los denominados sistemas clásicos de la seguridad social, existieron otras formas que se constituyeron en importante antecedente a esta noción, pudiendo cualquier estudio remontarse a épocas quizás muy remotas, aunque son apenas tímidos atisbos de lo que fue mucho más adelante una formidable expresión de la sociedad humana.

Philipp Vandenberg, citado por Velásquez Fernández²⁴, menciona en su bibliografía de Nerón que existió en la Roma Imperial un sistema asistencialista que consistía en un programa especial dirigido a los romanos que no tenían trabajo ni ingresos, y por tal razón recibían raciones de cereales a bajo precio o gratis, lo que significa que de alguna forma en todo o en parte vivían de la beneficencia pública.

También en Roma fueron conocidos los Collegia que podría decirse fueron remoto antecedente de la institución de la seguridad social, y que consistían en asociaciones corporativas de trabajadores libres, que tenían fines religiosos y de ayuda mutua. Aparte de pretender un fortalecimiento económico por el hecho de su agremiación, no tenían otra finalidad que el reconocimiento de auxilios funerarios y en ocasiones, de escasas prestaciones económicas para huérfanos y viudas²⁵.

En los países germánicos y anglosajones surgieron las guildas, “con el carácter de asociaciones de defensa y asistencia mutua, unidos a una fraternidad de combate y de armas. En especial, las guildas de mercaderes y artesanos tienen finalidades de ayuda mutua: la guilda socorre a sus miembros enfermos y en caso de muerte se encarga de educar a los hijos huérfanos; si alguien de la guilda cae en la miseria, recibe el apoyo económico durante su vida²⁶”.

Especialmente en España medieval surgieron también las cofradías o hermandades que fueron instituciones de ayuda mutua y religiosa, “tenían por finalidad ofrecer a sus miembros auxilios por enfermedad, asistencia médica y atención hospitalaria en sus propios hospitales; otorgaba también auxilios por invalidez, vejez, accidente y otros. Las cofradías formaron su organización autónoma, con régimen administrativo propio y con criterios bastante similares al mutualismo²⁷”.

También en 1300 existía en Alemania una organización llamada “Caja de Hermandad

²⁴ VELASQUEZ FERNANDEZ, Mauricio. El sistema pensional colombiano. Medellín: Señal Editora, 2007. p. 25

²⁵ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2 ed. Bogotá: Legis, 2007. p. 17

²⁶ Ibid. p. 18

²⁷ Ibid. p. 18

Minera”, por medio de la cual el dueño de la mina y el trabajador hacían unos aportes, con el fin de proteger de ciertas eventualidades y de manera parcial al trabajador²⁸.

Muy conocidas también fueron las llamadas corporaciones de oficios durante la Edad Media. Estuvieron organizadas por los artesanos y comerciantes y su finalidad fue la de proteger a sus miembros y garantizar la calidad de sus productos y servicios. La importancia de las corporaciones de oficios desde el punto de vista de las prestaciones, estriba en que los artesanos de un mismo oficio organizaban cofradías con la finalidad de atender la enfermedad, la desocupación y la incapacidad. El fin de las corporaciones, porque se impuso la libertad de trabajo,²⁹ marcó el paso del medioevo hacia el naciente capitalismo.

Pero también en América precolombina de alguna forma se conoció el antecedente de la seguridad social que haría irrupción un poco más de cuatro siglos después, en forma de previsión colectiva de necesidades sociales. No hay que olvidar que los pueblos amerindios no conocieron la propiedad privada. Al respecto el ensayista dominicano Pedro Henríquez Ureña (1884 – 1946), citado por Arenas Monsalve³⁰, refiere:

El pueblo debía trabajar en la agricultura o en los oficios; como entre los aztecas, las tierras se distribuían entre los padres de familia (se repartían anualmente), y así mismo las aguas para regarlas; la ociosidad no estaba permitida, y nadie debía padecer hambre ni desnudez. La gente del pueblo tenía obligación de cultivar, por rotación, las tierras pertenecientes al Sol y al Inca y las destinadas al socorro de los necesitados: ancianos, viudas, inválidos en general. En graneros o depósitos se guardaban comestibles, tejidos, armas y toda especie de materias primas o trabajadas, con lo cual se atendía a las necesidades del ejército y, en casos de escasez, del pueblo.

En América del Sur, el imperio incaico conoció la institución del Ayllu, que era la conformación de un conjunto de familias emparentadas, que tenían la propiedad de la tierra, aunque dividida en lotes individuales intransferibles. El trabajo se desarrollaba mediante ayuda mutua o devolución de trabajo.

En el Tahuantinsuyo, las tierras eran del Inka (Estado) o del Sol (Iglesia). Las tierras del Inka estaban dedicadas: una parte para el sostenimiento del Estado, otra para el sostenimiento del ejército. La otra tercera parte cubría contingencias: ancianidad, viudez, lisiados del ejército y para casos de emergencia. Era, pues, una forma primitiva y eficaz de protección social.

²⁸ Ibid. p. 25

²⁹ Debido a su rígida organización y jerarquización, las corporaciones fueron responsables en gran medida de el anquilosamiento económico de la Edad Media.

³⁰ ARENAS, Op. cit. pp. 18 - 19

Por otra parte, el derecho comunal Quichua desarrolló un sistema jurídico en el cual cada uno de sus soportes era la Solidaridad o Yanaparina. La solidaridad es la base de cualquier sistema de asistencia o de seguridad social.

La solidaridad es muy fuerte en una sociedad que no sea impulsada por el individualismo. Las concepciones y fundamentos del Derecho Indiano chocan abiertamente contra el individualismo³¹.

Más adelante, también en el continente americano, la conquista de los españoles condujo al arrasamiento de los pueblos aborígenes, no solo en su vida, libertad y organización social, sino también en su cosmovisión. Pronto los verdaderos dueños de América se vieron reducidos a la esclavitud por la que se cometieron grandes atropellos.

De igual forma el Derecho Indiano se ocupó de adoptar normas e instituciones de España para aplicarlas en los territorios conquistados y posteriormente colonizados. Se cita apenas un ejemplo de interés para el presente estudio:

De acuerdo con las reglamentaciones promulgadas para el régimen interno de los Resguardos, todas las ganancias conseguidas por la comunidad indígena en sus operaciones de venta en los mercados debían depositarse “en un Arca de tres llaves, y la una la ha de tener el Corregidor, la otra el Doctrinero y la otra el Cacique”. Con el producto de tales entradas se ordenó formar el capital de las llamadas “Cajas de censos y bienes de comunidad de los indios”, cuyos fondos debían utilizarse exclusivamente, de acuerdo con la Real Cédula de Felipe II, promulgada en Segovia el 13 de noviembre de 1565, para aliviar las necesidades de los indios, pagar sus tributos, atenderlos en sus enfermedades y financiar las cosechas y desarrollo de la comunidad, mediante la compra de semillas, instrumentos de trabajo, bestias de carga y ganado³².

4.3.1 Sistema de los seguros sociales obligatorios: el modelo alemán. Siempre que se habla de seguridad social, no puede dejar de nombrarse al político prusiano Otto von Bismarck (1815-1898). Lo curioso del caso resulta ser que no fue este un personaje necesariamente interesado por las reivindicaciones sociales de su convulsionada época, sino que de él se conoce que en su propósito de unificar los estados alemanes en un único Imperio, señaló que los grandes problemas de Alemania no se resolverían con discursos ni decisiones parlamentarias, sino con “sangre y acero”. Sin embargo, también se le atribuyen estas palabras: “Que del trabajador importa no solamente su presente, sino también y acaso más aún su futuro; y que era así, porque en el presente le salva su esfuerzo, en tanto que el futuro es lo imprevisto y desconocido, y por ello debe asegurarse”³³.

³¹ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las pensiones. 2 ed. Bogotá: El Profesional, 2003. p. 12

³² LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Tomo I. Bogotá: TM Editores, 1994. p. 156

³³ CAÑON, Op. cit. p. 38.

La obra de Bismarck, relacionada con la seguridad social, consistió en que instituyó los denominados seguros sociales obligatorios, a través de una serie de leyes promulgadas entre 1883 y 1889. De esta manera, mediante la Ley de 15 de junio de 1883 organizó el seguro de enfermedad; la de 6 de julio de 1884 el seguro de accidentes de trabajo; y la de 22 de junio de 1889 el seguro de invalidez - vejez³⁴.

Viendo entonces que las políticas de Bismarck en materia de seguridad social se tornan ciertamente anacrónicas, en la medida en que parece anticiparse a las formulaciones socialistas que para la época se trataban de abrir campo en el escenario político, debe describirse el contexto socio-político del momento.

En primer lugar, puede mencionarse como factor coadyuvante en la creación del sistema de seguros sociales en Alemania el crecimiento demográfico y el proceso de industrialización hacia mediados del siglo XIX, lo que propició el surgimiento de una clase proletaria urbana especialmente expuesta a los riesgos sociales. “Sin la existencia de este mundo industrial moderno, no es posible comprender la formación del sistema de seguros sociales”³⁵.

También se cita como importante razón o antecedente el temor que dejó la Comuna de París en 1871, que fue un movimiento revolucionario ocurrido en la capital francesa en donde intervinieron pequeños burgueses e inmigrantes, habiendo sido considerada por Marx “como la primera revolución proletaria de la edad contemporánea, se trató en realidad de un movimiento patriótico más que social, en el que tuvieron un papel esencial los artesanos, los tenderos y los asalariados en general”³⁶.

Otro movimiento que convulsionó la época fue el que se denominó la “Internacional Comunista” gracias al cual se venía abriendo paso el ideario socialista y la representación parlamentaria (1877). Esta causa se dio como respuesta a la aparición de un proletariado en el proceso de industrialización, lo que originó la asociación sindical y posteriormente el partido Social Demócrata. Además, una profunda crisis económica, con dificultades financieras, cierres de fábricas y huelgas, dieron importante impulso a las ideas socialistas y el acceso de los proletarios a parlamento. “Este desarrollo del movimiento social inquietó al Canciller Bismarck, que se decidió a poner en práctica una política de “habilidad y fuerza”, en la que restringió notoriamente las libertades sindicales y a la vez se dio cuenta de la necesidad de mejorar la suerte de la clase obrera, esperando con ello suprimir las causas de la agitación popular y desviar las mesas del socialismo”³⁷.

Ideológicamente se cita como causa de la aparición del sistema del seguro social la mención por parte de algunos destacados pensadores alemanes, como Hegel y Savigny, de

³⁴ ARENAS, Op. cit. p. 21

³⁵ Ibid. p. 20

³⁶ MICROSOFT. Encarta 2007. 1993 – 2006 Microsoft Corporation. “Comuna de París”.

³⁷ ARENAS, Op. cit. p. 21

los valores colectivos sobre los individuales. Se abrió paso una corriente ideológica que reaccionaba en contra del liberalismo social, y que propugnaba porque el Estado no permaneciera indiferente a los conflictos entre el capital y el trabajo asalariado, estimando necesaria su intervención para evitar la miseria de una parte de la Nación, propugnado por el ofrecimiento del bienestar, acudiendo a los impuestos.

Frente a este escenario de acontecimientos y el avance del movimiento obrero, Bismarck despotricó tanto del socialismo como del liberalismo, impulsando el llamado “socialismo de Estado”³⁸, aunque de ninguna manera fue realmente la implantación del sistema del seguro social un triunfo de la clase obrera, pues el “Canciller de Hierro”, como se le denominaba, puso fuera de ley al partido socialista y a sus organizaciones, expulsó a los dirigentes de las ciudades y aldeas, los retiró de los puestos públicos y prohibió sus publicaciones.

Sin embargo, y pese a la “imposición violenta” del sistema, éste se expandió rápidamente por toda Europa y luego a América Latina.

Se trataba de unas medidas de protección laboral de carácter obligatorio, aunque inicialmente el sistema alemán de seguros sociales fue muy limitado, pues estaba reducido a los obreros industriales que tuvieran salarios anuales inferiores a cierto monto.

Financieramente los seguros estaban soportados en los aportes de los empleadores y del asegurador, aunque el Estado participaba con algunas subvenciones, excepto el seguro por accidente de trabajo que era financiado íntegramente por el empresario.

Eran fundamentalmente tres seguros: el de enfermedad, accidente de trabajo e invalidez-vejez.

En 1946 fue implantado en Colombia el sistema de seguros sociales, con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

4.3.2 Sistema de la seguridad social: el modelo inglés. Con la promulgación del conocido “Informe Beveridge” el 20 de noviembre de 1942 surge en Inglaterra el sistema universalista o de la seguridad social. Este informe que fue presentado en realidad por una comisión interministerial para la Cámara de los Comunes de la Gran Bretaña, se encargó de examinar el sistema de los seguros sociales existentes con el fin de analizar su reorganización y plantear sus propias recomendaciones.

William Beveridge en su informe “Social insurance and allied services” dio inicio al sistema de seguridad social, que pronto se expandió por toda Europa y América.

³⁸ DUEÑAS, Op. cit. p. 3

El Informe de Lord Beveridge expone que debe darse un amplio margen para la intervención del Estado aunque reconoce que debe hacerse un gran esfuerzo en procura de la participación e iniciativa de los particulares. “El sistema de seguridad social debe conseguirse de manera que se estimule en todos los individuos la voluntad de organizar por sí mismos y por medio de su familia una previsión más completa que la que la sociedad le otorgue”³⁹.

Los principales puntos contenidos en el “Informe Beveridge” se pueden sintetizar así:

En primer lugar se hace un diagnóstico de las insuficiencias del régimen inglés, y de un completo planteamiento de política social sobre la extensión del sistema de seguridad social. El Informe observa que los mayores estados de necesidad de la población inglesa de la época provenían de la interrupción del trabajo o de la pérdida del empleo, y que esos riesgos estaban insuficientemente compensados por los seguros sociales y por los sistemas de accidentes de trabajo. No dejaba pasar por alto el reducido nivel de cobertura del sistema, pues solo amparado a los trabajadores asalariados, dejando por fuera a profesionales e independientes. También se ponía en evidencia que el sistema imperante solo favorecía al asegurado y no a su familia.

El Informe hacía la propuesta de ampliar la redistribución de la renta a nivel nacional, y para ello se debía ampliar el seguro social y establecer los subsidios familiares por vía impositiva (impuestos).

De igual manera, el Informe hizo un diagnóstico de la complejidad del sistema inglés y se propuso simplificar la seguridad social. Se llegaba a la conclusión que había una “legislación social” pero sin una “política social”⁴⁰.

Vista la situación general del sistema inglés, el Informe propuso la adopción de tres estrategias básicas: en primer lugar, buscar la unidad del aseguramiento, es decir, la agrupación de todas las instituciones involucradas en la gestión de la seguridad social, con lo que también se lograría la agrupación de todos los riesgos gracias a una cotización única. Como segundo punto, se proponía la unificación del sistema de seguridad social igualando el nivel de las prestaciones para los distintos riesgos. Finalmente, como tercer punto, se planteaba la necesidad de unificar administrativamente el sistema en un Ministerio de Seguridad Social.

El Informe contenía además otras dos propuestas dirigidas a la creación de un Ministerio Nacional de Salud encargado del tema sanitario y de la readaptación médica para el empleo, y la otra, era la elaboración de una política de “pleno empleo”.

El “Informe Beveridge” logró constituirse en un documento valioso con el que se dio

³⁹ ARENAS, Op. cit. p. 27

⁴⁰ Ibid. p. 28

impulso al tema, y más aún, se creó lo que en adelante se conoce como seguridad social. Estas propuestas fueron naturalmente acogidas en la Gran Bretaña, en donde el Informe ejerció la más profunda influencia que desembocaron en tres leyes: la de subsidios familiares, en 1945; la de accidentes de trabajo, en 1946; y la de seguros sociales, en 1946. Más adelante fueron promulgadas una ley de servicio nacional de salud (1946) y la ley de asistencia y previsión social (1948).

En otros países europeos como Francia, el “Informe Beveridge” hizo algunas contribuciones, especialmente por la falta de coherencia de muchas de sus instituciones. En 1945 se planteó la unidad del seguro, la unificación de los servicios de gestión y la extensión de los servicios a cargo del sistema a nuevos beneficiarios y a nuevos riesgos (ampliación de la cobertura).

En otros Estados de Europa Occidental se reorganizaron los sistemas de seguridad social. Bélgica (1944), Luxemburgo (1944) y España (entre 1942 y 1950). En Italia y Alemania por la situación de la posguerra, lógicamente las reformas tardaron algunos años más. En Europa Oriental no se produjeron reformas importantes.

En América Latina las reformas en la seguridad social inducidas e inspiradas en el “Informe Beveridge” no tardaron en llegar después de los años cuarenta. En Colombia, con la Ley 90 de 1946 se instituyó por primera vez un régimen de seguros sociales.

Naturalmente el modelo universalista inglés de la seguridad social supuso un avance significativo respecto de su antecedente e importante antecesor: el sistema del seguro social. Se trata de un modelo mucho más ambicioso y avanzado que logra, sin embargo, alguna forma de coexistencia. (Cuadro 1).

4.3.3 Los Estados de bienestar. Además de los modelos clásicos existen otros que van a la cabeza en los avances de la seguridad social y que están representados por los modelos de seguridad social que han venido desarrollando los llamados Estados de Bienestar o Welfare State, que, sin tener las mismas bases ideológicas o políticas, han llegado a tener los más altos niveles de protección para la población.

Se distinguen, a su vez, tres modelos muy representativos: el modelo selectivo, el modelo residual y el comprensivo.

➤El modelo selectivo. Su objetivo fundamental es mantener el nivel de ingreso que se llegó a tener antes de obtener los beneficios de la jubilación. Tiene esencialmente una orientación conservadora y pretende compensar la pérdida sufrida y mantener el status familiar y social. Es el que predomina especialmente en Alemania y Francia.

➤El modelo residual. Tiene como objetivo principal promover el trabajo ético y mejorar los niveles de pobreza. Es de orientación liberal y considera que el papel del Estado se limita a

proveer lo mínimo necesario. Es el modelo de Inglaterra y Holanda.

➤El modelo comprensivo. Está caracterizado por la preeminencia del papel del Estado. Es de corte ideológico social demócrata. Propende por la redistribución del ingreso. Suecia, Noruega y Finlandia adoptaron este modelo.

Cuadro 1. Comparación modelos clásicos

| MODELOS | SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS | SEGURIDAD SOCIAL |
|-------------------------------------|--|--|
| PARAMETROS | | |
| 1. Origen | Responsabilidad civil y seguro privado | Principio de solidaridad |
| 2. Beneficiarios | Trabajadores asalariados | Ciudadanos o individuos |
| 3. Contingencias | Riesgo de la actividad laboral | Necesidades sociales |
| 4. Prestaciones | Según riesgos | Según necesidades |
| 5. Criterio de participación | Actividad profesional Proporcionalidad | Situación social Igualdad |
| 6. Aportes | Según salario | Según ingreso |
| 7. Financiación | Recursos: cotizaciones de trabajadores y empleadores Técnica: capitalización Carácter: contributivo | Recursos: impuestos Técnica: redistribución Carácter: distributivo |
| 8. Administración | Privada – Multiplicidad | Estatal – Unidad |
| 9. Metas | Población activa Asalariada | Toda la población Garantía de un mínimo de protección social. |

Fuente. CAÑON, Op. cit. p. 48

El estado interventor de bienestar o Estado benefactor, en el cual el aparato estatal tiene un papel específico como actor económico para la búsqueda de opciones de bienestar colectivo y superación del conflicto social. A partir de los años setenta, el mencionado modelo económico comienza a hacer crisis, la que se evidencia de manera primordial en la década de los ochenta, transformado el modelo intervencionista en un modelo en el cual se redefine el papel del Estado en la sociedad.

Cuadro 2. Modelos de los Estados de bienestar.

| IDEOLOGÍA | SELECTIVO | RESIDUAL | COMPRESIVO |
|------------------|---------------------------------|----------------------------------|---|
| MODELOS | Conservador: Alemania y Francia | Liberal: Inglaterra y Holanda | Social-demócrata: Suecia, Noruega y Finlandia. |

| | | | |
|---|---|--|--|
| OBJETIVOS | <ul style="list-style-type: none"> - Garantizar los estándares de vida previos a la jubilación. - Promover el valor del trabajo, el Estado y la familia. - Promover las diferencias de estatus. | <ul style="list-style-type: none"> - Garantizar el nivel de vida de subsistencia. - Promover el trabajo ético y eficiente. - Promover la igualdad de oportunidades | <ul style="list-style-type: none"> - Garantizar ciertos niveles de vida. - Promover la nacionalidad y la ciudadanía. |
| SIGNIFICADO | Compensación por la pérdida económica. | Atender las necesidades económicas mínimas. | Prevención de las necesidades. |
| POBLACION PROTEGIDA | La población que trabaja. | La población con necesidades básicas. | Prevenir las necesidades económicas. |
| BENEFICIOS | Derechos según trabajo. | Seleccionando según las necesidades. | Derecho universal. |
| COBERTURA | Según la posición social o económica: ocupación familiar, etc. | Individual. | Individual. |
| CRITERIOS PARA CALCULAR EL MONTO DE LOS BENEFICIOS | Ingresos o salarios obtenidos y contribuciones hechas | Selección según necesidades. | Con necesidades y ausencia de recursos. |
| ADMINISTRACION | Representantes de los empleadores, trabajadores y del Estado | Instituciones estatales. | Instituciones estatales. |
| FUENTE DE FINANCIAMIENTO | Contribuciones o aportes a la seguridad social | Impuestos. | Impuestos. |
| SISTEMA DE FINANCIACION | Fondo de capitalización a largo plazo | Reparto, según necesidades | Reparto, según necesidades. |

Fuente. CAÑON, Op. cit. p. 50

4.4 REFORMAS ESTRUCTURALES EN AMERICA LATINA

Sin que corresponda exclusivamente al caso latinoamericano, sino a una tendencia predominante en los sistemas de seguridad social, se pueden mencionar las siguientes situaciones que se constituyen en un verdadero reto hacia el futuro.

En primer lugar, existe un precipitado y vertiginoso cambio tecnológico “que hace

imposible que el mercado laboral crezca de conformidad con el crecimiento demográfico”⁴¹. Esta situación conlleva necesariamente a un incremento de las tasas de desempleo y una oferta excesiva de trabajo que incrementará las ocupaciones informales y el subempleo. Esto supone graves problemas en el financiamiento de los sistemas.

También es evidente que el capital financiero privado ha demostrado tener un creciente interés por los manejos de los recursos de seguridad social.

Lo dicho en el punto anterior está estrechamente ligado al hecho de que ya no es el Estado el único ente que se ocupa por la administración y gestión de la seguridad social, sino que se ha delegado a entidades privadas. “En esta fase, surgen entidades especializadas en el manejo pensional, en los servicios de salud y en el aseguramiento de los riesgos profesionales”⁴².

Otra tendencia permite apreciar la crisis por la que atraviesan los modelos pensionales tradicionales, en la medida en que se han visto seriamente afectados por los cambios demográficos y la imposibilidad del Estado de destinar mayores recursos a su financiamiento. Como alternativa surgen los sistemas de financiamiento basados en la capitalización individual, algunos en forma complementaria y otros como definitivos sustitutos del sistema tradicional de los seguros sociales.

De igual manera, se aprecia que los costos que soportan los regímenes pensionales exigen que los requisitos para la jubilación se vayan volviendo más estrictos: hay una tendencia a mayores edades pensionales, basada además en la mayor esperanza de vida de la población. Las cotizaciones tienden a prolongarse en el tiempo y la cuantía de los beneficios pensionales tiende a disminuir.

Por cuenta de los sistemas de salud, se enfrentan cada vez mayores costos, sobre todo por las necesidades investigativas, la creciente obsolescencia de los equipos y por la aparición de nuevos retos científicos para la salud. Estos elevados costos han propiciado privatizaciones de los sistemas de salud, mayores cotizaciones, mayor participación del usuarios en el costo directo del servicio, limitaciones de cobertura y a necesidades de una mayor racionalización del uso de los servicios.

“Otra tendencia de la seguridad social señala que en virtud de la creciente internacionalización de la vida económica y de los procesos de integración económica regional, en el futuro, las políticas nacionales de seguridad social tenderán a formularse de conformidad con criterios regionales más que con apego a las motivaciones particulares de cada país”⁴³.

⁴¹ ARENAS, Op. cit. p. 37

⁴² Ibid. p. 37

⁴³ Ibid. p. 38

4.4.1 Panorama latinoamericano. América Latina ha tenido su propia dinámica en la evolución de sus modelos pensionales, aunque influenciada por las tendencias impuestas especialmente desde Europa.

Cronológicamente, el inicio de los regímenes pensionales en la región latinoamericana puede ser dividido en tres períodos:

El primer período en el que a principios de siglo se desarrollaron regímenes de jubilaciones en Argentina, Brasil, Cuba, Chile y Uruguay.

El segundo período fue impulsado por la adopción de la Ley de Seguridad Social en Los Estados Unidos de América y se prolongó hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. En este período se crearon los regímenes pensionales de Ecuador (1935), Perú (1936), Venezuela (1940), Panamá y Costa Rica (1941), México y Paraguay (1943), Colombia y Guatemala (1946) y República Dominicana (1947).

El tercer período se caracterizó por el establecimiento de regímenes basados en leyes “marco” que establecieron principios generales y dejaron los detalles a reglamentación posterior. En esta primera etapa se crearon los regímenes de jubilaciones y pensiones en El Salvador y Bolivia (1949), Honduras (1952) y Nicaragua (1955)⁴⁴.

El desarrollo de los regímenes pensionales estuvo caracterizado en su inicio por un contexto nacional proteccionista, por altas tasas de crecimiento demográfico, por mercados de trabajo no formales con perspectivas de crecimiento, por la insuficiente capacitación del recurso humano y por contar con tecnologías informáticas prácticamente obsoletas.

Sin embargo, hacia los años ochenta y en particular en la década de los noventa, con la agudización de los problemas en la región, se observó un verdadero movimiento de reforma regional que logró afectar los contextos económicos, políticos, sociales e incluso tecnológicos muy diferentes a los que prevalecían en la región durante la creación y desarrollo de los regímenes iniciales de jubilaciones y pensiones.

Este movimiento reformador se caracterizó quizás por el cuestionamiento de casi todas las instituciones que conforman el régimen de jubilaciones y la radicalización de sus

⁴⁴ BONILLA GARCIA, Alejandro y CONTE-GRAND, Alfredo H. Las reformas de los regímenes de pensiones en América Latina: Crónica y reflexiones. Sostienen estos autores: “Un rasgo característico de la creación y evolución de los regímenes de jubilaciones y pensiones en la región fue el hecho de que a pesar de que, entre la creación de los primeros y la de los últimos, transcurrieron casi 50 años, los objetivos, estrategias, estructuras y papeles de los copartícipes sociales, tuvieron características similares en todos los países. Prácticamente todos los diseños de los regímenes de jubilaciones y pensiones obedecieron a modelos europeos basados en supuestos de pleno empleo y crecimiento económico e incluso de promoción de la natalidad”.

posiciones: de lo colectivo a lo individual, lo público y lo privado, la técnica financiera y la técnica actuarial⁴⁵. Sin embargo, en todos los casos siempre fueron reconocidos los derechos adquiridos y se propusieron alternativas aceptables y viables para atender una transición en los sistemas nuevos que venían a reemplazar los vigentes hasta ese momento.

El movimiento reformador de los regímenes pensionales, que como se dijo, tuvo lugar durante las décadas de los ochenta y noventa, registra ocho reformas caracterizadas por estar destinadas principalmente “a los trabajadores del sector privado, dejando por fuera, al menos temporalmente, a los regímenes de jubilaciones y pensiones de grupos especiales como los de los trabajadores de empresas estatales, paraestatales y militares, entre otros”⁴⁶. Se marca una tendencia que no es exclusiva del caso latinoamericano y es la de tratar de superar el déficit fiscal, también en algunos casos es hacerle frente a los bruscos cambios demográficos u ordenar los regímenes que han sido distorsionados con medidas de carácter coyuntural.

Las reformas de los regímenes de jubilaciones y pensiones en América Latina se han llevado a cabo en un contexto caracterizado por desequilibrios internos, deudas externas importantísimas, deudas internas abrumadoras, déficits educacionales, déficits sanitarios, inflación, pérdida del poder adquisitivo de los salarios, desempleo, subempleo y crecimiento del empleo informal y de baja productividad, así como lamentables fenómenos de corrupción⁴⁷.

Ya de una manera un poco más concreta, con las recientes reformas al régimen pensional latinoamericano, se puede observar que de alguna forma se ha querido dar solución a las siguientes situaciones:

- Eliminar, o al menos reducir sustancialmente, la coexistencia de múltiples regímenes que benefician unos sectores privilegiados, y que nada tienen que ofrecer a las personas más pobres de la población.
- Hacer frente a la escasa generación de empleo productivo y a la tendencia a incentivar la automatización que de alguna manera desecha el uso intensivo de la mano de obra.
- El descenso en la relación entre contribuyentes y beneficiarios; es decir, que al tiempo que se ve mermado el número de contribuyentes o afiliados que hacen aportes al sistema, se presenta un incremento del número de beneficiarios que no siempre le reportan un ingreso económico sino lo contrario.

⁴⁵ La técnica financiera y la técnica actuarial que se mencionan, difieren principalmente en que la primera se muestra satisfecha con la existencia de provisiones que permitan atender en un momento determinado una contingencia, mientras que la técnica actuarial pretende siempre la provisión suficiente de recursos hacia el futuro en el que exista la probabilidad de atender el mismo evento.

⁴⁶ BONILLA y CONTE-GRAND, Op. cit. p. 41

⁴⁷ Ibid. p. 42

- La evasión y la elusión de los aportes⁴⁸.
- La absorción de los saldos y reservas actuariales por los presupuestos gubernamentales.
- La baja rentabilidad de las inversiones.
- La débil relación entre las contribuciones y los beneficios.
- Los excesivos costos administrativos y la baja eficiencia.
- Una alta burocratización de las empresas privadas o públicas encargadas de administrar el régimen, lo cual afecta su competitividad.

Sin embargo, y pese a que se hubieran podido identificar algunas de las necesidades más sentidas, en general los procesos de reforma en América Latina no han sido ajenos a los procesos políticos, y por tal razón el resultado finalmente ha sido producto más de las condiciones políticas prevalecientes que de un minucioso proceso científico, pues no fue menester en muchos casos para la aprobación de las reformas, los cálculos y estudios necesarios sobre la proyección de sus resultados, especialmente a largo plazo, con lo que quedó sin mucho sustento la garantía de un equilibrio financiero aceptable, y por lo tanto se constituyeron estos regímenes en una peligrosa carga para el Estado.

De igual manera, también han sido factor coadyuvante en estas reformas pensionales los compromisos financieros internacionales adquiridos por los Estados con la denominada banca internacional (por ejemplo, el Banco Mundial) y otros organismos de considerable influencia en las decisiones macroeconómicas (por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional), con lo cual no necesariamente han sido prioridad los objetivos sociales sobre los objetivos económicos, situación esta que se ha traducido en que la responsabilidad de estas reformas hayan recaído más en los ministerios de hacienda o finanzas, que en los ministerios de trabajo o previsión social.

Este movimiento reformador, sin embargo, ha tenido algo en común para los países de América Latina, y es el haber propuesto todos como punto de partida la reforma efectuada en Chile en 1981, que se ha considerado como un nuevo paradigma⁴⁹.

⁴⁸ La evasión supone que la persona responsable del pago de un impuesto u otra contribución no declara lo que realmente corresponde; en la elusión no se efectúa ninguna declaración.

⁴⁹ El sistema chileno se constituye en un paradigma porque introduce como importante innovación la “privatización” del sistema que hasta su momento se concebía como una responsabilidad casi exclusivamente a cargo del Estado. El sistema chileno fue sin duda un ejemplo acogido o criticado, pero de todas maneras se convirtió en un nuevo modelo del que se han aprovechado muchos sistemas en todo el mundo y no solo en Latinoamérica.

Otra tendencia predominante en el contexto latinoamericano ha sido ser excluyente con algunos grupos tradicionalmente marginados, tales como los trabajadores agrícolas, los trabajadores del sector informal y los independientes o trabajadores a cuenta propia; situación esta que no tuvo dentro de las reformas mayor grado de solución, puesto que a pesar de tener la posibilidad jurídica de lograr su inserción al sistema, la verdadera razón de su exclusión es de contenido económico, la ausencia de mecanismos adecuados para lograrlo y de voluntad política de lograrlo.

También se ha privilegiado a algunos sectores de muy importante representación política por ser verdaderos grupos de presión, tales como los militares o miembros de las fuerzas armadas, los trabajadores de la industria del petróleo y la industria minero-energética, el magisterio y las propias instituciones de seguridad social, que frecuentemente cuentan con regímenes pensionales privilegiados, financiados con aportes fiscales y que han sido excluidos de los procesos de reforma.

4.4.2 Los modelos pensionales. Carmelo Mesa-Lago⁵⁰ en su “Documento preparado para la Consulta Subregional Tripartita Sobre la Reforma y Desarrollo de las Pensiones” (Lima, Octubre de 1997) identifica tres modelos diferentes que agrupan a ocho países latinoamericanos⁵¹ destacados por sus reformas a los sistemas pensionales que van desde 1981 hasta 1997.

La distinción de los modelos corresponde en parte a la manera en que se da respuesta a las que denomina Mesa-Lago como “siete aspectos o dicotomías sobre la naturaleza de la reforma de pensiones”, que enumera así:

1. Meta general principal: Social versus económica.
2. El sistema financiero: Régimen de reparto versus capitalización plena.
3. Contribuciones: No definidas versus definidas.
4. Prestaciones: Definidas versus no definidas.
5. Administración: Privada versus múltiple.
6. La independencia política del sistema: Permeabilidad versus inmunidad.
7. Tipo de reforma: No estructural versus estructural⁵².

⁵⁰ Destacado catedrático de la Universidad de Pittsburgh que ha escrito importantes documentos para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL.

⁵¹ Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú y Uruguay.

⁵² MESA-LAGO, Carmelo. La reforma estructural de pensiones en América Latina: Tipología, comprobación de presupuestos y enseñanzas. Documento preparado para la Consulta Subregional Tripartita sobre la

Advierte este autor que las enunciadas dicotomías no necesariamente corresponden a posiciones radicalmente distintas una de otra, que en muchos casos son matices o posiciones predominantes y no siempre excluyentes, y que muchas veces se encuentran desvirtuadas.

➤Primera dicotomía: Lo social versus lo económico. Hasta cuando los temas de seguridad social lograron el interés de los economistas, no se había hecho mayor esfuerzo por descifrar las implicaciones de ciertos fenómenos que afectaban los sistemas pensionales: el empleo, la inflación, el crecimiento económico, el déficit fiscal, la evasión y la elusión de las contribuciones, el ahorro nacional y otros más.

Frente a este nuevo panorama se creyó que la sustitución de los sistemas de pensión públicos por los privados traería como consecuencia el impulso del ahorro nacional, el crecimiento económico y la creación de empleos, lo cual a su vez garantizaría pensiones adecuadas y equitativas.

➤Segunda dicotomía: Régimen de reparto versus capitalización plena. Hace referencia al régimen de financiación de las pensiones. El régimen de reparto puede ser simple, que es aquel en donde no se hace provisión o reserva alguna, o el simple con reserva de contingencia. Por otra parte puede tratarse de un régimen de capitalización plena individual o capitalización parcial colectiva.

El régimen de reparto simple está basado en la solidaridad intergeneracional, y en él las contribuciones de la presente generación de asegurados financian las actuales pensiones, mientras que las futuras generaciones de asegurados financian las pensiones de los actuales asegurados cuando lleguen a la pasividad. El gran inconveniente del sistema es que cuando el sistema madura y la población envejece, hay necesidad de aumentar las contribuciones, obligando al Estado a hacerse cargo del creciente déficit, pues el reparto, aún con una pequeña reserva puede resolver desequilibrios de corto plazo, pero no de mediano o largo plazo.

Por su parte, el sistema de capitalización plena individual está basado en una prima uniforme (contribución definida) y los asegurados financian sus propias pensiones mediante el depósito de sus contribuciones (en algunos casos, la de los empleadores también), en una cuenta individual que es invertida y su rendimiento agregado a dicha cuenta. Este sistema en su concepción pura carece de solidaridad pues se mantiene una relación estricta entre las contribuciones y las pensiones.

➤Tercera dicotomía: Régimen de contribución no definida versus contribución definida. Los países con poblaciones jóvenes y programas recientes de pensiones, tienen usualmente

Reforma y Desarrollo de las Pensiones. Lima, octubre de 1997. p. 78

contribuciones bajas, mientras que los que tienen poblaciones envejecidas y programas de pensiones antiguos, tienen usualmente contribuciones muy elevadas. Esta situación propicia la mora en el pago de las contribuciones, la evasión y la sub-declaración del ingreso imponible. Este tipo de régimen de contribución no definida es propio del sistema de reparto simple, pues no se puede tener certeza de que el aporte de los afiliados alcance a atender el número de pensionados.

Por el contrario, el sistema de capitalización plena individual tiene contribución fija o uniforme, de ahí que la misma no deba aumentar y, por lo tanto, brindar al programa una seguridad indefinida, razón por la cual la edad de los afiliados ni la antigüedad del programa mismo tienen ninguna incidencia en la contribución. Sin embargo, de alguna manera se tienen previsto que los cambios demográficos deberán en un futuro propiciar necesariamente cambios en los planes de jubilación o pensión.

➤Cuarta dicotomía: Prestaciones definidas versus no definidas. En los sistemas con régimen de reparto las prestaciones (pensión) están definidas, pues la ley establece su mínimo y su máximo, proveyendo una fórmula para calcularla de acuerdo a los años y al importe de la contribución, y puede especificar su ajuste al costo de la vida. Si el sistema funciona bien, tiene la ventaja de la seguridad en el monto de la pensión y permite que opere la solidaridad.

En el sistema de capitalización plena e individual la prestación no está definida porque el asegurado obtiene la pensión que resulta de sus contribuciones y el rendimiento de la inversión de éstas. En la medida que se acumula más en la cuenta individual (y existe usualmente la posibilidad de contribuciones voluntarias adicionales), cuanto más se invierta más alta será la pensión, y viceversa. Sin embargo, la capitalización está sometida a las variables económicas como la inflación que hacen en buena medida incierta la pensión.

➤Quinta dicotomía: Administración privada versus múltiple. Generalmente se asocia el régimen de capitalización plena e individual con entidades privadas que persiguen fines de lucro. El régimen de reparto usualmente se asocia a la administración pública.

➤Sexta dicotomía: Independencia política del sistema versus permeabilidad. Tradicionalmente se ha considerado a los sistemas de capitalización plena están a salvo de la influencia e interferencia política debido a que los asegurados son los propietarios de las cuentas individuales y a la naturaleza privada de la administración. Sin embargo, se reconoce que ningún sistema es completamente inmune, pues en algunas ocasiones por la intervención que ejerce el Estado sobre las entidades administradora privadas, se les ha forzado a realizar parte de sus inversiones en papeles públicos con muy poco o ningún valor o se les ha exigido hacer sus depósitos en los bancos centrales, sin que ello les reporte ningún interés o un interés justo.

➤Séptima dicotomía: Reforma de tipo no estructural versus reforma estructural. Algunos

sectores se inclinan por las reformas no estructurales que se encarguen de perfeccionar el sistema público para corregir sus reconocidos defectos: “hacer más estrictas las condiciones de acceso (por ejemplo, elevando la edad de retiro, expandiendo los años de contribución requeridos para obtener el derecho a una pensión), eliminando los regímenes de privilegio y las prestaciones demasiado generosas, reduciendo los gastos administrativos, reforzando el control de la evasión y la mora, restableciendo los equilibrios financieros y actuariales, mejorando la eficiencia y pagando pensiones adecuadas”⁵³.

Otros sectores proponen reformas estructurales y radicales consistentes en sustituir el sistema público por uno de capitalización plena e individual administrado en forma privada.

El estudio panorámico de las dicotomías que expone Mesa-Lago permite distinguir con claridad dos sistemas básicos que han sido sistematizados por la actual teoría de la seguridad social en pensiones: el de reparto y el de capitalización.

El sistema de reparto está a cargo de la administración pública y le es propio el componente intergeneracional. Quienes defienden este sistema abogan porque una parte importante del Producto Interno Bruto –PIB se destine a la seguridad social. Los que cuestionan su conveniencia critican especialmente los graves problemas de financiación debido precisamente al desequilibrado e injusto componente intergeneracional.

Por otra parte, están los sistemas de capitalización cuya gestión está a cargo de los particulares. Se caracterizan por la presencia de unos aportes depositados en cuentas individuales, son administrados por sociedades especializadas y existe para el trabajador la libertad de su escogencia. Quienes defienden este sistema dicen que “tiene la ventaja de estar dentro del mercado de capitales, con rendimiento satisfactorio, sin riesgo demográfico, ni distorsión en el mercado de trabajo, además es equitativo en cuanto afecta las nuevas generaciones y es proporcional al ahorro”⁵⁴.

Quienes observan las desventajas llaman la atención sobre lo peligroso que es mercantilizar la seguridad social, estar sujeta al riesgo financiero, a la insolvencia y sobre todo a los inconvenientes que conlleva el modelo neoliberal y una privatización que significa un atraso de la presencia del Estado. Además no se puede pasar por alto que el problema estructural es de la economía en general, que en nuestros países la capacidad de ahorro de los trabajadores es mínima, que el peligro fundamental de las pensiones públicas no es de tipo económico sino político e ideológico y que la seguridad social es una necesidad y una obligación en un Estado Social de Derecho⁵⁵.

En un sistema de reparto, al que se le adosa el componente de “equilibrio financiero

⁵³ Ibid. p. 85

⁵⁴ DUEÑAS, Op. cit. p. 166

⁵⁵ Ibid. p. 166

actuarial” se presentan algunas variantes o modalidades, según se trate:

➤ Sistema de reparto puro de gastos. Parte de la base de que el equilibrio financiero debe ser para un período determinado, generalmente un año y para grupos conformados por un número considerable de personas.

➤ Sistema de cuota media escalonada. Para cada período de cobertura previsto, el tipo de cotización es constante, y a su vez escalonado y creciente para períodos sucesivos, hasta un determinado límite. Estos cambios en el monto de las cotizaciones se debe a que a partir de los primeros años de aplicación de un sistema de seguro, el número de beneficiarios aumenta rápidamente y las cargas crecen de año a año. La determinación de la cuota se hace por períodos, generalmente quinquenios.

➤ Sistema de cuota media general. Consisten en aplicar al colectivo una cuota media constante durante todo el tiempo de permanencia del sistema. Nace para sustituir las cuotas crecientes del sistema anterior, por una cuota media general válida para todos los períodos. Al principio aparecerá un exceso de recaudación que generará unas reservas para consumirse en los ulteriores períodos ante una insuficiencia de ingresos.

➤ Sistema de reparto de capitales de cobertura. El tipo de cotización de cada año se calcula repartiendo entre los afiliados no el gasto devengado en un ejercicio, sino los capitales precisos (capitales de cobertura). Para con cargo a ellos y sus intereses, poder atender en el tiempo las prestaciones devengadas en cada ejercicio. Es decir, en cada año se consideran como gastos todos los causados por los nuevos pensionados desde ese período hasta que salgan del colectivo de pasivos.

Por su parte, en los sistemas de capitalización y equilibrio financiero (de reservas técnicas), lo fundamental es que durante la época de actividad se formará el capital necesario para que las cotizaciones junto con sus rendimientos sean suficientes para hacer frente al gasto que origine el pago de las prestaciones. Puede haber capitalización individual (un individuo) o capitalización colectiva (un colectivo asegurado). En ambos casos es importante que se originen unas reservas técnicas, que pueden ser de dos clases:

➤ Reservas de derecho en formación. Son las que se constituyen mientras dura el período de pago de primas por los asegurados y aún no ha comenzado a percibirse la renta como pasivos.

➤ Reservas de pensiones causadas. Son el importe de las reservas de derecho en formación junto con sus rendimientos, una vez que ha finalizado el pago de primas y comienza el pago de pensiones. Estas reservas tienen la particularidad de reducirse a cero, al realizarse el pago de la última pensión, si se verifica la coincidencia entre las previsiones y la realidad. Esto implica que se ha cumplido el equilibrio financiero establecido en el origen de la operación.

4.4.3 Modelos sustitutivos. Los modelos sustitutivos en América Latina, del grupo de los ocho países del estudio de Mesa-Lago, plantearon unas reformas verdaderamente estructurales en sus regímenes pensionales. Se citan las experiencias de Chile, México, Bolivia y El Salvador.

➤Chile. Es el pionero y el modelo de la reforma sustitutiva con administración privada, no solamente en América Latina sino probablemente en el mundo, y ha influido fuertemente la reforma de pensiones en la región.

El antiguo sistema público de reparto se cerró, lo cual significó que no se permitieron nuevas afiliaciones, y es sustituido por un nuevo sistema obligatorio basado en la capitalización plena e individual administrado por las nuevas corporaciones privadas de dedicación exclusiva con fines de lucro: las administradoras de fondos de pensiones.

Las fuerzas armadas y la policía fueron excluidas de la reforma y mantienen sus propios sistemas especiales, lo cual se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la reforma fue impuesta bajo el régimen dictatorial del General Augusto Pinochet.

Los asegurados en el antiguo sistema tenían la opción de permanecer en el mismo o pasarse al nuevo sistema (dentro de un período que expiró en 1986), sin embargo la opción de pasarse del viejo al nuevo sistema siempre quedó abierta. Todos los que ingresaban por primera vez a la fuerza laboral debe afiliarse al nuevo sistema. Los asegurados a este último pueden escoger libremente la administradora de fondo de pensiones y cambiarla cuando así lo deseen, buscando de esta forma garantizar con la competencia la eficiencia de las administradoras.

Se trata de un sistema donde las contribuciones son definidas. Desaparecieron las contribuciones del empleador y quedaron únicamente las del trabajador. La contribución salarial del asegurado es de aproximadamente el 13.1% e incluye 10% para la vejez, del cual se deduce una comisión fija, y el resto es depositado en una cuenta individual; esta suma es invertida por la administradora del fondo y el rendimiento del capital es agregado a la cuenta. Otro porcentaje equivalente al 3.1%, incluida la comisión para la administradora, está destinado para el pago de una compañía de seguros a fin de cubrir los riesgos de invalidez y muerte del asegurado.

Adicionalmente el asegurado puede contribuir voluntariamente hasta el 10% de su salario, lo cual es agregado a su cuenta individual.

Todas las contribuciones de seguridad social son deducidas por el empleador y transferidas a la administradora correspondiente.

En el nuevo sistema las prestaciones no están definidas, o sea que el monto de la pensión se

desconoce ya que depende del valor neto de las contribuciones más el rendimiento de su inversión.

Las edades de retiro fueron de sesenta años para las mujeres y sesenta y cinco años para los hombres, sin que se requieran años de contribución, excepto veinte años para la pensión mínima. En el momento de retiro el asegurado puede escoger entre un retiro programado en cualquier administradora, una renta vitalicia pagada por una compañía de seguros de su elección, o una combinación de ambas de las opciones anteriores.

El valor de las pensiones es fijado en una unidad monetaria constante que es ajustado periódicamente a la inflación. Hay una pensión mínima garantizada pero no es ajustada a la inflación.

Por el paso del viejo sistema al nuevo de capitalización, el Estado emite un bono de reconocimiento que es ajustado a la inflación y gana un interés anual del 4%. Finalmente, en caso de quiebra de la administradora del fondo de pensiones, el Estado garantiza un rendimiento mínimo de la inversión, así como también de las pensiones.

➤ México. La ley de reforma fue promulgada en diciembre de 1995 aunque solo a partir de 1997 comenzó a funcionar. Se crearon las denominadas AFORE que son administradoras del sistema de capitalización plena e individual. La totalidad de los actuales asegurados debe transferirse a las AFORE, y todos los que ingresan por primera vez a la fuerza laboral pueden escoger libremente la que mejor les parezca, pudiendo cambiarse pero solo una vez al año. Los trabajadores asalariados están cubiertos por el sistema de forma obligatoria, mientras que los trabajadores independientes tienen cobertura opcional.

Están excluidos del nuevo sistema los miembros de las fuerzas armadas, los empleados federales y los trabajadores de la industria del petróleo.

Las contribuciones son definidas pero no se eliminó el aporte de los empleadores. La contribución total es de 12.5% y los asegurados pueden hacer contribuciones adicionales y voluntarias sin ningún tope que se destinan para el fondo de vejez.

Las prestaciones no son definidas y la edad de retiro es de sesenta y cinco años para ambos sexos, requiriéndose un total de veinticuatro años de contribuciones para obtener la jubilación. No existe bono de reconocimiento aunque los años cotizados en el antiguo sistema se computan para los veinticuatro años exigidos para adquirir la pensión.

Existe la opción de escoger entre un retiro programado a cargo del fondo AFORE o contratar una renta vitalicia con una compañía de seguros.

Existe una pensión mínima sometida a las mismas condiciones de la pensión de vejez, la cual cuenta con la garantía del Estado. No existe, sin embargo, garantía por parte del Estado

en el evento de que una AFORE o una compañía de seguros quiebren.

➤Bolivia. La reforma fue aprobada en 1996 y puesta en funcionamiento a partir de 1997. Los recursos del sistema público de pensiones existente en Bolivia fueron transferidos al Tesoro. Como situación excepcional dentro del contexto regional, el programa de pensiones de las fuerzas armadas se incorporó al nuevo sistema.

Los asegurados del antiguo sistema deben pasarse al nuevo sin que exista la opción de permanecer en él o no. Los que hayan adquirido derechos bajo el viejo sistema pueden afiliarse al nuevo sistema y agregar el fondo acumulado a sus prestaciones definidas bajo el viejo sistema. Los que ingresan por primera vez a la fuerza laboral, así como también los que están legalmente obligados pero no afiliados en el viejo sistema, deben registrarse en el nuevo.

Las administradoras manejan dos fondos separados: el de capitalización plena individual (que es similar al de Chile) y un fondo de capitalización colectiva, el cual fue financiado con el producto de la privatización de varias empresas industriales de propiedad del Estado.

El sistema emite un bono de solidaridad que es pagado a las personas que tenían veintiún años o más, el 31 de diciembre de 1995.

Las contribuciones son definidas. La contribución del empleador fue abolida pero el salario del empleado tiene que ser aumentada en la misma suma que su contribución ha sido aumentada. La contribución fue aumentada para el asegurado hasta un 12.5% en el nuevo sistema. De igual manera, el asegurado puede contribuir voluntariamente al fondo de capitalización.

El asegurado se puede retirar (independientemente de la edad) cuando el fondo acumulado de su cuenta individual sea suficiente para financiar, por lo menos, el setenta por ciento de su salario promedio en los últimos cinco años. Si no se trata de un retiro anticipado, el asegurado solo podrá hacerlo hasta cumplir sesenta y cinco años de edad para ambos sexos. Si la cuenta individual no es suficiente para pagar el setenta por ciento del salario mínimo, entonces el asegurado podrá retirar esa proporción de su cuenta individual hasta que la misma se agote. En el momento del retiro el asegurado puede solamente optar por una renta vitalicia fija administrada por una administradora de fondo de pensiones o por una compañía de seguros.

No existe la garantía de una pensión mínima por parte del Estado ni de un mínimo rendimiento de la inversión por parte de las administradoras de los fondos de pensiones, ni tampoco el pago de las pensiones en caso de quiebra de alguna de estas entidades.

➤El Salvador. La reforma fue promulgada en 1996 y entró en vigencia a partir de 1997. Hay dos sistemas antiguos dispuestos, uno para los trabajadores del sector privado y otro

para los del sector público, aunque fueron fusionados y sus condiciones de derecho y contribuciones uniformadas. Los militares fueron excluidos de la reforma.

El derecho a quedarse en el sistema antiguo o pasarse al nuevo está determinado por la edad. Los cambios de los asegurados de una administradora de fondos de pensiones está limitado a dos por año.

La contribución del empleador es mantenida y la de los trabajadores es aumentada. Las edades de retiro siguieron siendo las mismas: cincuenta y cinco y sesenta años, respectivamente para las mujeres y los hombres. Existe un bono de reconocimiento que es ajustado a la inflación pero no devenga intereses.

El Estado garantiza el bono de reconocimiento y la pensión mínima, pero no ofrece garantía al rendimiento mínimo de la inversión de las administradoras y a las pensiones en caso de quiebra de estas y de las compañías de seguros.

4.4.4 Modelos mixtos. Los sistemas mixtos de seguridad social pretenden lograr un equilibrio entre la polaridad que suponen los sistemas de reparto frente a los sistemas de capitalización. Sin embargo, es conveniente aclarar que en realidad ninguno de estos extremos es puro. “El reto es mantener y garantizar la seguridad social. Consolidar lo que se tiene, manteniendo el sistema protector. Mantener una solidaridad intergeneracional, teniendo en cuenta que la finalidad de la seguridad social es la cobertura de riesgos, en un espacio jurídico que plantea derechos y obligaciones ... y en un terreno económico que se preocupa por el financiamiento”⁵⁶.

➤ Argentina. El sistema pensional argentino fue introducido a través de una ley promulgada en 1993, pero que tuvo vigencia a partir de 1994. El sistema cubre obligatoriamente tanto a los trabajadores asalariados como independientes. El viejo sistema público administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social corresponde la modelo de reparto y continúa vigente después de la reforma con algunos ajustes especialmente en cuanto a las condiciones de acceso y a las prestaciones. Los antiguos asegurados pueden escoger entre el sistema público reformado y el nuevo sistema mixto. Las personas que ingresan a la fuerza laboral pueden escoger entre los dos sistemas. También aquí los miembros de las fuerzas armadas están excluidos de la reforma.

El sistema mixto argentino está formado por dos componentes obligatorios e integrados: a) el programa público reformado que paga una pensión básica, y b) el programa de capitalización plena individual que provee pensiones complementarias y que está administrado por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP).

Las contribuciones no están definidas en el sistema público y en el componente público del

⁵⁶ Ibid. p. 169

sistema mixto, pero sí están definidas en el componente de capitalización plena individual. El sistema público recibe las contribuciones de los empleadores, de los trabajadores y de los independientes, que corresponden en todo caso al 27% del salario o ingreso devengado. En el sistema mixto, el componente público está financiado por la contribución del empleador y de los independientes y por el subsidio del Estado a través de impuestos. El componente de capitalización, por otra parte, está financiado por la contribución de los asegurados. Los asegurados pueden contribuir voluntariamente a su cuenta individual con sumas adicionales sin ningún límite.

Las prestaciones están definidas en el componente público del programa, mientras que no lo están en el componente de capitalización. El sistema público paga una pensión básica que requiere de treinta años de contribuciones y es fijada anualmente en el presupuesto; y una prestación adicional que corresponde a un porcentaje del salario básico.

El sistema argentino es al que se denomina de “pilares”.

➤Uruguay. El sistema mixto aprobado en Uruguay lo fue mediante la promulgación de una ley de 1995, que entró en vigencia desde 1996.

El sistema uruguayo está integrado básicamente por dos componentes: uno público reformado, basado en el reparto, que paga una pensión básica; y un programa de capitalización plena individual que provee una pensión complementaria. La cobertura es obligatoria tanto para los trabajadores dependientes como para los de cuenta propia o independientes. De la reforma estructural fueron excluidas las fuerzas armadas.

En el sistema mixto uruguayo las contribuciones de los asegurados son aplicadas de manera distinta, dependiendo del rango salarial. El primer rango se asigna al componente público; el segundo rango se imputa al componente de capitalización; y de un rango salarial en adelante, puede ser agregado a la cuenta individual.

La edad de retiro está fijada en sesenta años para ambos sexos y se requieren treinta y cinco años de contribución.

4.4.5 Modelos paralelos. Existen solo dos ejemplos de modelos paralelos en Latinoamérica, y son los casos de Perú y Colombia. El diseño del modelo paralelo se dirige a que, aún coexistiendo los extremos conceptuales manejados por la seguridad social, se presente una competencia entre ellos. Por esta razón se dice que se trata de un diseño vertical en el que se enfrentan el sistema público al sistema privado; las entidades de previsión social del antiguo sistema a los fondos privados; el sistema de reparto al sistema de capitalización.

➤Perú. La reforma se hizo a través de una ley de 1992 que entró en vigencia en 1993. El sistema público de reparto fue unificado y continúa funcionando en competencia con un sistema de capitalización, casi idéntico al de Chile y administrado por las administradoras

de fondo de pensiones. También se excluyó de la reforma a las fuerzas armadas.

Los que estaban asegurados en el momento de la reforma, así como también los actuales asegurados y los que ingresen en el futuro en la fuerza laboral, pueden escoger libremente entre el sistema público y el sistema de capitalización plena e individual. La cobertura es obligatoria para los trabajadores asalariados y es opcional para los independientes.

Las contribuciones en el sistema público están a cargo tanto el empleador como del trabajador. En el sistema de capitalización las contribuciones desaparecieron para el empleador.

Las condiciones de acceso al sistema público permanecieron inalteradas, pero la edad requerida fue elevada de cincuenta y cinco y sesenta años, respectivamente para mujeres y hombres, a sesenta y cinco años en ambos casos.

No hay garantía del Estado sobre la pensión mínima, ni tampoco bono de reconocimiento, ni el rendimiento mínimo de las inversiones, ni pensiones en caso de quiebra de las administradoras o de las compañías de seguros.

➤Colombia. La ley de reforma se expidió en 1993 y entró en vigencia en 1994, tras un largo debate público y resistencia política que se oponía a la implantación de un sistema de capitalización quizás idéntico al chileno.

Antes de la reforma coexistían dos sistemas públicos de pensiones: uno para el sector privado a cargo del Instituto de Seguros Sociales y otro para el sector público basado en el sistema de reparto a cargo de CAJANAL. También había cientos de fondos más pequeños. La reforma unificó en uno solo el sistema público de pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales que no fue cerrado, y que por el contrario sigue funcionando en forma paralela al recién creado sistema de capitalización plena individual a cargo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones. A este último se le llama régimen de ahorro individual.

Fueron excluidos de la reforma las fuerzas armadas, los legisladores y los empleados del Congreso, los maestros públicos y los empleados del petróleo⁵⁷.

Se diseñó un régimen de transición para dejar intactas algunas situaciones beneficiosas para los trabajadores afiliados al sistema público, aunque también se permitió el traslado al régimen de capitalización. Los trabajadores que entran a la fuerza laboral tienen la opción de afiliarse en uno u otro régimen, según su gusto o conveniencia.

⁵⁷ El Acto Legislativo que modificó la Constitución Política eliminó los denominados regímenes especiales y exceptuados, tal y como se verá más adelante.

Las contribuciones fueron aumentadas e igualadas en ambos sistemas. Se cuenta con un componente de solidaridad que corresponde a un porcentaje que se cobra a quienes gozan de un cierto nivel salarial más favorable, destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, teniendo como objetivo financiar y expandir la cobertura de los trabajadores de bajos ingresos.

En el sistema público las prestaciones están definidas: con la reforma de 1993 las edades de retiro son de cincuenta y cinco y sesenta años, respectivamente para mujeres y hombres, y a eso se suman veinte años de contribuciones. El salario base para liquidar la pensión es, o bien el de los últimos diez años, o bien toda la vida laboral del asegurado. La tasa de reemplazo va del 65% al 85% del salario base de liquidación, dependiendo el número de semanas cotizadas.

En el sistema de capitalización plena individual las prestaciones no están definidas y tampoco se requiere de una edad específica de retiro, ni están fijados los años de contribución; el único requisito es que el fondo acumulado en la cuenta individual debe ser equivalente a una suma que permita financiar una pensión por lo menos igual al ciento diez por ciento del salario mínimo.

El Estado emite un bono de reconocimiento denominado bono pensional que paga o reconoce con el propósito de ayudar a financiar las pensiones de aquellas personas que se trasladan del sistema público al privado.

5 EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

5.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Antes de la expedición del artículo 48 de la Carta Fundamental, que otorga rango constitucional a la seguridad social, el sistema pensional colombiano tuvo necesariamente que haber superado varias etapas o períodos que marcan la historia de la institución en Colombia.

Estos períodos se reconocen así:

➤ Período de dispersión. Va desde el nacimiento de la República hasta el año de 1945, caracterizándose por el establecimiento de beneficios de seguridad social, pero sin corresponder a un plan debidamente establecido.

“Aquí no puede hablarse aún de un sistema de seguridad social ni de seguros sociales, sino que, como ya se indicó, hay una dispersión de algunos pocos beneficios de esa naturaleza”⁵⁸

Hacen presencia las formas que pueden ser identificadas como antecedentes de la seguridad social: la asistencia pública, el mutualismo y la consagración de algunos beneficios para ciertos sectores que se querían proteger o privilegiar.

No existe dentro de este período un esquema de intervención estatal, sino el reconocimiento de algunos beneficios muy puntuales, especialmente para los militares, los gremios artesanales y las primeras organizaciones obreras.

Se dan las primeras formas de protección social a través de la asistencia privada, concretamente con la creación de algunas fundaciones sin ánimo de lucro por medio de las cuales fueron creados los hospitales más antiguos del país. Luego se dieron los primeros atisbos de una asistencia pública, constituyendo prueba de ello la reforma constitucional de 1936, a través de la cual se consagró: “La asistencia pública es función del Estado. Se prestará a quienes, careciendo de medios de subsistencia o de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar”.

Otra forma destacada dentro de este período fue el denominado mutualismo, que tuvieron en el país su origen en los llamados montepíos militares, que fueron organizaciones castrenses del gobierno español implantadas también en América, consistente en cajas de socorro financiadas mediante contribución de sus miembros para dar auxilio económico a

⁵⁸ ARENAS, Op. cit. p. 62

las familias de los mismos. Otra forma de mutualismo se presentó a través de las organizaciones de artesanos y de obreros, a través de las cuales se organizaron en forma de cooperativas de producción y consumo, y de las cajas comunales de ahorro.

Este primer período tuvo también como característica el reconocimiento de los primeros beneficios normativos de seguridad social para el sector oficial y dentro de éste, primero en beneficio del estamento militar y posteriormente en el personal civil oficial.

A parte de los ya mencionados montepíos, los militares fueron los primeros en obtener beneficios de seguridad social como recompensa a la construcción de la República, pudiéndose mencionar un decreto de 1821 que reconocía pensión a las viudas, huérfanos y padres de los militares fallecidos en las innumerables guerras del siglo XIX. De igual manera, se menciona siempre como hito histórico en todo este proceso el decreto de 1823 que concedió pensión vitalicia al Libertador Simón Bolívar. Posteriormente, con la expedición de la Ley 75 de 1925 se creó la primera institución de seguridad social formalmente organizada: la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, que reconocía sueldos de retiro a los militares, convertibles en pensión a los beneficiarios en caso de fallecimiento.

Respecto del personal civil oficial, se menciona la Ley 50 de 1886 que concedía pensión de jubilación e invalidez. La Ley 29 de 1905 reconoció el derecho a la pensión a favor de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia mayores de sesenta años y a los empleados civiles que hayan desempeñado cargos públicos por más de treinta años.

Otro sector privilegiado fue el de los educadores a quienes desde la Ley 50 de 1886 se les reconoció la “pensión de gracia” que inicialmente existía a favor de los militares y sus familias. También se expidieron a favor del sector docente las Leyes 39 de 1903, 114 de 1913 y 116 de 1928.

Mediante la expedición de la Ley 82 de 1912 se creó la primera caja de previsión para el personal civil oficial de las ramas postal y telegráfica, la Caja de Previsión Social para las Comunicaciones, posteriormente CAPRECOM.

Luego, poco a poco, se registra una especie de transición hacia la intervención del Estado, y de esta manera se aprueban leyes aisladas sobre pensiones, maternidad, riesgos profesionales, pagos de salarios durante la incapacidad, trabajadores petroleros, de la construcción, seguros de vida, etc. En este momento de la evolución, se expiden unas leyes de carácter reivindicatorio y de intervencionismo humanitario.

Finalmente, se da inicio a la creación de las instituciones de seguros sociales, aunque esto tuvo lugar en determinadas empresas que lograban negociar con sus trabajadores la conformación de cajas de previsión, las cuales tuvieron carácter contributivo.

➤ Período de organización del sistema. Va desde 1945 hasta 1967. Se caracteriza por ser en la que se organiza propiamente en el país un régimen de seguros sociales y la legislación laboral.

Con la expedición de la Ley 6ª de 1945 se consagraron las prestaciones sociales patronales sustituidas posteriormente por el seguro social obligatorio. “Mientras se organiza el Seguro Social Obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para sus trabajadores, ya sean empleados u obreros”. Se habla entonces de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, las indemnizaciones por enfermedad profesional, el auxilio por enfermedad no profesional, los gastos indispensables del entierro del trabajador, además de las vacaciones y cesantías. Se creó igualmente la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL, entidad encargada del pago de las prestaciones sociales oficiales. Se autorizó también la creación de cajas de previsión a nivel departamental y municipal, por sectores económicos y hasta por entidades⁵⁹.

Un poco más adelante, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y con él se implementó el modelo bismarkiano proveniente de Europa. Inicialmente asumió los seguros de enfermedad general y maternidad (EGM) y tuvo una cobertura poblacional muy reducida, pues solo se asentó en algunas de las ciudades más grandes del país y sirvió exclusivamente a los trabajadores del sector privado.

En 1960 se expidieron los primeros decretos aprobatorios de los seguros de pensiones y riesgos profesionales. En 1964 se inicia la vigencia del seguro de riesgos profesionales y en 1966 se da comienzo al seguro de pensiones.

➤ Período de expansión. Le sigue a esta breve cronología una tercera etapa que va desde 1967 hasta 1977, y se caracteriza por la ampliación de los beneficios del sistema de seguridad social, así como la expansión geográfica de su cobertura. Es también la etapa que marca el preámbulo de la crisis del sistema de seguridad social que se evidenciará en el siguiente período.

Hasta antes del 1º de enero de 1967 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales sólo cubría los riesgos de enfermedad y maternidad y los riesgos profesionales. Con la expedición del Decreto 1824 de 1965, se aprueba el reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para el seguro de invalidez, vejez y muerte.

Hubo también una significativa ampliación de la cobertura poblacional por parte del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, llegando a cubrir el 37,5% de la población⁶⁰.

⁵⁹ Esta disposición propició la creación de las más mil cajas para cuando fue expedida la Ley 100 de 1993, lo cual se convirtió en un factor perjudicial para la seguridad social en Colombia, pues cada una de ellas tenía muchas veces su propio régimen jurídico y no pocas veces un pesado “lastre” pensional y prestacional a su cargo.

⁶⁰ ARENAS, Op. cit. p. 88

Un importante esfuerzo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales fue la implementación del Seguro Médico Familiar que en 1975 se tradujo en la expedición de un nuevo reglamento de seguro de enfermedad y maternidad, en virtud del cual la familia del cotizante, en las regiones donde se hubiera extendido el seguro médico familiar, tendría derecho a los mismos beneficios asistenciales del afiliado.

➤Período de cambios y crisis. Se distingue en seguida el período de cambios y crisis que van desde 1977 hasta 1990. Es un período en el que se introducen cambios de importancia en el sistema de seguridad social, pero es también un período donde los estudios económicos y sociales señalan la magnitud de la crisis del sistema y se proponen los diversos mecanismos estructurales de solución.

Con la expedición de la Ley 12 de 1977 se otorgaron facultades al Gobierno Nacional para introducir algunos cambios a la organización administrativa del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, siendo así que mediante el Decreto-Ley 1650 de 1977 pasó a llamarse Instituto de Seguros Sociales. Se creó un régimen especial para los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, a los que se denominó “funcionarios de seguridad social”, como una categoría especial e intermedia entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

Otra importante norma expedida en este período fue la Ley 33 de 1985 que se encargó de revisar las condiciones pensionales del sector público, unificando la edad pensional en cincuenta y cinco años.

Así mismo, la Ley 71 de 1988 buscó fortalecer la situación de los pensionados, para lo cual dispuso reglas más benéficas sobre reajustes y amplió el alcance de la sustitución pensional. Además, creó la “pensión de jubilación por aportes”, que buscaba la unificación de los tiempos pensionales en los sectores público y privado, por primera vez en el país.

Se dieron también otras medidas cuyo propósito principal fue el de ampliar la cobertura a otros sectores hasta ahora excluidos: los independientes y las trabajadoras del servicio doméstico.

➤Período de reformas estructurales. Es un período en el que convergen cambios radicales en la estructura económica e institucional del país, que determinaron la creación de un nuevo modelo de seguridad social.

Sin embargo, estos cambios fueron a su vez la respuesta a toda una serie de experiencias vividas a nivel mundial, especialmente a lo que se ha venido en denominar la globalización de la economía, como respuesta a los profundos cambios políticos y socio-económicos del planeta, en buena parte debido a la “caída” del socialismo, con lo cual se proclamó el triunfo de la economía capitalista globalizada.

Durante algunas décadas se siguió el modelo económico de la “sustitución de importaciones” con el que se pretendía reemplazar, por medio de la industrialización, los productos importados de consumo masivo, para eliminar las presiones que esas importaciones ejercían sobre las escasas divisas de los países. Luego, a mediados de la década de los ochenta, toda Latinoamérica sufre importantes cambios en sus economías que implicaron el cambio del modelo económico imperante, pasando a la que se llamó “apertura económica”.

En adelante se dieron importantes ajustes macroeconómicos que se tradujeron en drásticas medidas sobre las finanzas públicas y las políticas monetarias, con el propósito de facilitar el comercio internacional. Se desmontaron algunos gravámenes y se dio un claro impulso a las exportaciones. La mirada de la economía se dirigió hacia la competencia internacional y la ampliación de los mercados externos.

La entronización del nuevo modelo económico se vio reflejada en la más reciente etapa de cambios institucionales: la expedición de la Constitución Política de 1991. En ella se registra una nueva visión de los derechos laborales y también un nuevo modelo de seguridad social para el país.

En cuanto a la seguridad social, la Constitución de 1991 (art. 48) señala estas novedades: en primer término, la superación del modelo asistencialista de protección social al enunciar en forma explícita la seguridad social como un derecho; en segundo lugar, la efectividad de ese derecho se pretende garantizar señalando la seguridad social como un servicio público, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; en tercer lugar, la Constitución abordó el problema de la gestión de la seguridad social, señalando que al Estado le corresponde la dirección, coordinación y control del sistema, y que la gestión del mismo, es decir, la prestación de los servicios, puede corresponder a entidades públicas o privadas. Adicionalmente la misma Carta (art. 49) destaca la trascendencia de la salud dentro de la seguridad social (art. 49) al disponer que es un servicio público esencial altamente intervenido por el Estado⁶¹.

Sin embargo, aún antes de que fuera expedida la Constitución de 1991 fueron aprobadas importantes reformas laborales que pretendían poner a la legislación a tono con el nuevo modelo aperturista. Se destaca indudablemente la Ley 50 de 1990 que introdujo elementos de flexibilidad en las relaciones laborales individuales, fortaleció el derecho colectivo y modificó las prestaciones sociales a cargo del empleador. Se destaca con esta reforma laboral la implantación de un nuevo régimen de cesantías que hace al sector financiero actor y partícipe del mismo.

5.1.1 El artículo 48. El artículo 48 de la Constitución Política otorga rango constitucional

⁶¹ Ibid. p. 104

a la seguridad social, en los siguientes términos:

ARTICULO 48. 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.

El debate más importante que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fue el de la participación de los particulares en el nuevo sistema de seguridad social, lo cual se autorizó por el citado artículo 48, aunque no se despojó al Estado de su función moderadora y de dirección.

5.1.2 El Acto Legislativo 1 de 2005. El Acto Legislativo número 1 de 2005 introdujo una importante y sustancial reforma constitucional a todo el sistema pensional, adicionando el contenido inicial del artículo 48 de la Constitución Política. Agregó, nueve incisos más, dos párrafos permanentes y seis párrafos transitorios, que incorporan preceptos específicos, con una técnica no propia de un texto constitucional, evidenciándose el propósito de “blindar” estas disposiciones del riguroso control de la Corte Constitucional.

El texto del Acto Legislativo señala textualmente:

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 2003, 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 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 parágrafos 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 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.

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.

El Acto Legislativo contiene una serie de garantías al sistema pensional: el Estado garantiza la efectividad de los derechos del sistema, la sostenibilidad financiera del mismo y el respeto de los derechos adquiridos. Además, se establece que el Estado asume la deuda pensional que esté a su cargo.

El Acto Legislativo estableció el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, señalando que las leyes posteriores a su expedición deben asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecidos en ellas. Pero se introdujo una importante restricción constitucional a ese principio: la sostenibilidad financiera no puede implicar que las pensiones “reconocidas conforme a derecho” puedan dejar de pagarse, congelarse o reducirse de valor.

Por otra parte, se introdujeron nuevas reglas sobre el derecho a la pensión. Se dispuso a través del Acto Legislativo que el derecho a la pensión se causa con los requisitos legales de edad y cotizaciones o con el capital necesario, haciendo alusión a los dos regímenes del sistema: el de prima media y el de ahorro individual.

Se dispuso también a través de esta reforma constitucional que la ley puede señalar otras condiciones para el reconocimiento de las pensiones. Señaló que los requisitos y condiciones de las pensiones sólo pueden fijarse en las leyes del sistema general de pensiones. Se fijó como regla constitucional que los requisitos de las pensiones son exclusivamente los legales, de manera que no pueden dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo establecido en la ley. También se convirtió en norma constitucional el criterio legal conforme al cual para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores de cotización. Finalmente, se dispuso la regla de que no habrá pensiones inferiores a un salario mínimo, aunque puede haber beneficios económicos periódicos inferiores para quienes no tengan derecho a la pensión.

El Acto Legislativo número 1 de 2005 establece el desmonte de los regímenes pensionales exceptuados y especiales. Salvo los regímenes de la fuerza pública y los ex presidentes de la República, no habrá regímenes especiales ni exceptuados. No obstante, el Acto Legislativo hace referencia expresa al régimen de docentes oficiales y al que se

aplica el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC. Se fija como fecha de expiración de los regímenes exceptuados y especiales el 31 de julio de 2010, respetando los derechos adquiridos de quienes causen su derecho antes de esa fecha.

El Acto Legislativo prohíbe los acuerdos pensionales y las pensiones extralegales. Al establecer como criterio que los requisitos de las pensiones son exclusivamente los de ley, señala que no puede “dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno” para apartarse de lo establecido en la ley. En este orden de ideas, establece el desmonte gradual de las pensiones extralegales así: las normas o acuerdos vigentes a la publicación del Acto Legislativo se mantendrán por el término inicialmente estipulado; las que se celebren entre el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010 no podrán estipular condiciones más favorables y, todas esas reglas “perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

Esta reforma constitucional hizo también dos importantes recortes al gasto pensional: de una parte establece la eliminación de la mesada pensional de junio (mesada catorce), y, de otro lado, generalizó el límite máximo pensional. Sobre la mesada catorce dispuso que se respeta el derecho adquirido de quienes la tienen causada antes del Acto Legislativo; y respecto de las demás personas fijó una regla de desmonte diferencial, según el monto de la pensión: las pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos conservan la mesada catorce si la causan hasta el 31 de julio de 2011; y las pensiones superiores a tres salarios mínimos legales no causan esa mesada a partir del Acto Legislativo. Sobre el límite máximo pensional se dispuso que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco salarios mínimos con cargo a recursos de naturaleza pública.

Igualmente, el Acto Legislativo establece reglas para la revisión de las pensiones, señalando que la ley debe fijar un procedimiento para la revisión de las pensiones que se reconozcan con abuso del derecho o sin los requisitos legales o convencionales.

El Acto Legislativo anticipa la finalización del régimen de transición pensional. Al efecto fijó una regla general y una excepción. La regla general es que ese régimen no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010. Por excepción, quienes sean sujetos del régimen de transición y a la fecha de vigencia del Acto Legislativo tengan 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, el régimen de transición los ampara hasta el año 2014.

5.2 LOS REGIMENES PENSIONALES

La Ley 100 de 1993 correspondió al desarrollo legislativo dado a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de 1991, por medio de la cual se creó el “sistema de seguridad social integral”. Dicho sistema quedó conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. No fue incluido dentro del denominado sistema el régimen de asignaciones familiares o subsidio familiar.

El sistema integral de seguridad social, conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, tiene como objetivos garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados, frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, y procurar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema.

El campo de aplicación del sistema general de pensiones está definido en el artículo 11 de la Ley 100, el cual a su vez fue reformado por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003:

Artículo 11. Campo de aplicación.

El sistema general de pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Con la denominación de “sistema integral”, señala el artículo 8° de la Ley 100, se cubren principalmente tres grandes sistemas: el “sistema general de pensiones”, el “sistema general de seguridad social en salud” y el “sistema general de riesgos profesionales”. Adicionalmente se crearon, con criterio marginal, los denominados “servicios sociales complementarios”.

Ahora bien, en lo que corresponde al sistema general de pensiones, la Ley 100 de 1993 estableció un sistema dual, en el cual coexiste el régimen tradicional del seguro social, denominado en la ley “régimen solidario de prima media con prestación definida”, con el nuevo régimen de capitalización, llamado en la ley “régimen de ahorro individual con solidaridad”.

Se estableció como principio importante la libertad para los afiliados de escoger el régimen de su preferencia, encargándose a las entidades administradoras la afiliación, el recaudo y el reconocimiento de las pensiones del sistema. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, e implica la obligación de efectuar los aportes que establece la ley.

Los afiliados tienen la posibilidad de elegir entre el régimen de prima media y el régimen

de ahorro individual⁶². El primero se basa en los criterios tradicionales del seguro social (régimen de reparto) y el segundo sigue el nuevo modelo de capitalización (régimen privado de capitalización).

Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se deben tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de Ley 100 de 1993, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos en la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media y el de ahorro individual, garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima.

Se creó el Fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados.

Se dispuso igualmente que ninguna persona podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

De igual manera, con la Ley 100 se hizo una regulación de las entidades administradoras de los dos regímenes. Para el régimen de prima media se dispuso la gestión del Instituto de Seguros Sociales y por excepción de las cajas de previsión cuya liquidación no se hubiere ordenado y hayan tenido afiliados antes de la ley. Para el régimen de ahorro individual se asignó la gestión a las sociedades administradoras de fondos de pensiones. Estas entidades están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, obligándose a su destinación exclusiva, custodia y administración.

Aunque el nuevo sistema pensional es unificador de regímenes antes dispuestos, quedaron exceptuados del mismo algunos grupos de población como las fuerzas militares y de policía, los educadores oficiales y los trabajadores de ECOPETROL. Además, la ley creó

⁶² Los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, el de prima media y el de ahorro individual, coexisten pero son excluyentes entre sí.

un amplio “régimen de transición pensional” que permite a un amplio grupo de afiliados obtener su pensión conforme al régimen que antes de la ley le era aplicable.

5.3 RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, “es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”, conforme a las disposiciones legales. Es administrado por el Instituto de Seguros Sociales y consiste en un fondo común de naturaleza pública con aportes de los empleados y los empleadores, el cual asume el pago de las pensiones de vejez, invalidez, de sobrevivientes o la indemnización sustitutiva. Bajo este sistema no pueden hacerse aportes voluntarios ni optar por pensiones anticipadas.

Pese a la reforma estructural hecha por la Ley 100 de 1993 al sistema pensional colombiano, se dejaron vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte las mismas disposiciones vigentes hasta ese momento para el Instituto de Seguros Sociales, como principal administrador del régimen de reparto, “con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”. Es decir, continuaron con vida jurídica una innumerable cantidad de acuerdos que venían siendo expedidos por el mencionado Instituto.

En el régimen de prima media, los aportes de los afiliados van a un fondo común y es el sistema que administran el Instituto de Sociales y algunas cajas de previsión social de carácter público como CAJANAL, El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y Pensiones de Antioquia. La pensión se encuentra previamente definida en la ley y se otorga de acuerdo con el cumplimiento de requisitos como el tiempo de semanas cotizadas y la edad.

Es un régimen solidario pues está basado en el principio de la solidaridad, la cual se manifiesta desde varios puntos de vista: primero, respecto de los nuevos afiliados con relación a los afiliados antiguos⁶³, toda vez que por tratarse de un fondo común y por las características propias del régimen, el ingreso de nuevos afiliados, en teoría permitiría mantener el nivel de aportes necesarios para el cubrimiento de las prestaciones que se van generando para las personas con mayor antigüedad en el sistema. En segundo término, existe también una solidaridad entre quienes tienen una mayor capacidad de pago hacia los de menos ingresos.

En este régimen, como se dijo al citar la definición legal hecha en la Ley 100 de 1993, se reconoce como prestación económica una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, o

⁶³ Es una solidaridad intergeneracional, pues las nuevas generaciones contribuyen al pago de las pensiones de las generaciones más antiguas. Esta es una de las razones por las que el sistema se encuentre gravemente afectado desde el punto de vista de su financiación.

una indemnización sustitutiva de la pensión, previamente definidas⁶⁴.

Los requisitos para obtener la pensión de vejez son, en primer lugar, el cumplimiento de unas edades que varían para los hombres y las mujeres. La Ley 100 de 1993 dispuso inicialmente que la mujer se pensionaba con cincuenta y cinco años y el hombre a los sesenta. A partir del 2014 la edad de pensión de aumentaba de cincuenta y siete y sesenta y dos años de edad, respectivamente para los casos de las mujeres y los hombres.

En cuanto al requisito del tiempo de servicio o de semanas cotizadas la Ley 100 de 1993 estableció en mil las semanas de cotización en cualquier tiempo. Esto significa que el sistema acepta el tiempo servido con anterioridad, bien sea que hubiere cotizado al ISS o a otras cajas de previsión social, tanto públicas como privadas o que se hubiera laborado como servidor público. Igualmente se tiene en cuenta el tiempo laborado en el sector privado siempre y cuando hubiera vínculo laboral al momento de la vigencia de la ley, o sea al 23 de diciembre de 1993.

Con la acreditación de los requisitos de edad y tiempo de servicio se adquiere el derecho para una pensión equivalente al 65% del promedio del salario base de cotización. El monto aumentaba en 2% por cada cincuenta semanas adicionales a las primeras mil y hasta las mil doscientas. De mil doscientas semanas a mil cuatrocientas, el 3% por cada semana hasta llegar a un monto máximo del 85% para la pensión.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 estos requisitos sufrieron algunas modificaciones parciales.

Se reitera que a partir de 2014 las edades de hombres y mujeres se aumentarán en dos años, quedando la edad para pensionarse en sesenta y dos y cincuenta y siete, respectivamente.

En cuanto a las semanas de cotización, seguían en mil, pero a partir del 1° de enero de 2005 aumentaron en cincuenta, es decir, se deben acreditar mil cincuenta semanas de cotización para acceder a la pensión. Pero además a partir del 1° de enero de 2006 las semanas se incrementaron en veinticinco cada año hasta llegar a mil trescientas como mínimo en 2015 para acceder al derecho pensional. (Ver cuadro 3).

Cuadro 3. Semanas requeridas para la pensión de vejez.

| SEMANAS REQUERIDAS | |
|---------------------------|----------------|
| AÑO | SEMANAS |

⁶⁴ Se dice que se otorga una prestación definida al beneficiario de la prestación económica porque el monto de la pensión es el resultado que se obtiene con la conjugación de dos presupuestos: un número de semanas cotizadas y una tasa de reemplazo que varía entre un tope mínimo y uno máximo, dependiendo de aquellas. En caso de no hacerse acreedor a la pensión, se reconoce una indemnización sustitutiva que es resultado de una fórmula matemática previamente determinada por la ley.

| | |
|------------|-------|
| Hasta 2004 | 1.000 |
| 2005 | 1.050 |
| 2006 | 1.075 |
| 2007 | 1.100 |
| 2008 | 1.125 |
| 2009 | 1.150 |
| 2010 | 1.175 |
| 2011 | 1.200 |
| 2012 | 1.225 |
| 2013 | 1.250 |
| 2014 | 1.275 |
| 2015 | 1.300 |

Fuente. LEGIS. Cartilla de seguridad social y pensiones. p. 48

Con el número máximo de aportes se otorgaba una pensión equivalente al 85% hasta el 1° de enero de 2005, fecha a partir de la cual la pensión máxima se estableció en el 80%. Y es que, en lo que se refiere al monto de la pensión, la Ley 797 en el artículo 10, y por el cual se reformó el 34 de la Ley 100 estableció una fórmula de liquidación decreciente dependiendo del ingreso base de cotización, pues entre más alto sea habrá una disminución en el porcentaje de la pensión. Dicho porcentaje decreciente osciló entre 65% y 55% durante 2004, y a partir de 2005 entre 80% y 70.5%.

El ingreso básico para liquidar la pensión sigue siendo el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 y es el promedio de los últimos diez años de cotización actualizados anualmente con el Índice de Precios al Consumidor (IPC). En el caso que el promedio de toda la vida laboral fuere superior se podrá optar por éste siempre y cuando se hayan cotizado como mínimo mil doscientas cincuenta semanas.

Hay que tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 estipuló que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los que efectivamente se coticen; que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo y que a partir del 31 de julio de 2010 ninguna pensión que se pague con recursos de naturaleza pública podrá superar los veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Ley 797 de 2003 consagró dentro del parágrafo 4° de su artículo 9° una pensión especial para aquellas personas que padezcan deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más. Dicha pensión especial es más benéfica en la exigencia de requisitos de edad y semanas cotizadas.

Otra pensión especial que se crea es la de la madre trabajadora que tiene un hijo menor de dieciocho años y que padezca invalidez física o mental. Sólo se exige como requisito para acceder a la pensión de vejez acreditar las semanas de cotización; no se exige edad mínima. Ahora, tal derecho se mantiene mientras la madre del hijo inválido no se reincorpore a la fuerza laboral, caso en el cual se suspende el pago de la pensión. Igualmente y si la madre

fallece, a la pensión tendrá derecho el padre que tenga la patria potestad del hijo, en las mismas condiciones indicadas anteriormente.

Otra de las prestaciones económicas del régimen de prima media es la denominada indemnización sustitutiva.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 37 define lo que es la indemnización sustitutiva como el derecho que sustituye el de la pensión de vejez para aquellas personas que habiendo cumplido la edad para acceder al derecho pensional no han cotizado el mínimo de semanas requerido y declaran la imposibilidad de seguir cotizando. El valor de ese derecho sustituto del de la pensión es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Y a ese valor se le aplica un promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales se cotizó.

No se trata en estricto sentido de una indemnización pues con ella no se pretende resarcir un perjuicio sino que es un derecho-prestación para aquel a quien no habiendo reunido los requisitos para la pensión, se le reconoce un valor diferente pero cuya naturaleza indudablemente es una prestación social.

5.3.1 El Instituto de Seguros Sociales. El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida estuviera administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Se trata de la única entidad que tiene a su cargo la administración del fondo común de naturaleza pública de que trata el artículo 32 de la Ley 100, incluyendo dentro de sus funciones la facultad de afiliar a las nuevas personas que ingresen al Sistema General de Pensiones (como trabajadores dependientes o independientes) o a las que se trasladen del régimen de ahorro individual.

5.3.2 Otras entidades que administran el régimen. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, CAJANAL y CAPRECOM tenían una importante injerencia en la administración del régimen pensional, aunque proliferaba un inmenso número de cajas de previsión social a lo largo y ancho del territorio nacional.

En la actualidad CAJANAL funciona como EPS y CAPRECOM como ARS. Además, todas las cajas previsionales del orden territorial han venido siendo liquidadas progresivamente, pues la orientación dada por la Ley 100 fue que fuera el ISS la única entidad encargada de administrar el régimen de prima media, permitiéndose sin embargo la administración del régimen hasta su extinción.

5.3.3 Financiación. En materia pensional existen fundamentalmente dos sistemas financieros: el de capitalización y el de reparto. El Régimen de Prima Media utiliza como fuente de financiación un sistema de reparto que obtiene recursos principalmente de las

cotizaciones y los impuestos.

En un sistema financiero de pensiones debe existir un presupuesto equilibrado. Como todo presupuesto debe referirse a un período determinado, tener un carácter de previsión, presentar cifras en equilibrio para que los gastos tengan prevista su financiación. Por consiguiente el presupuesto se configura mediante el equilibrio de los bloques de gastos y de recursos; teniendo en cuenta las técnicas de presupuestación: planificación, programación, ejecución, control⁶⁵.

Se entiende por cotización la actividad del sujeto obligado a entregar una determinada suma de dinero al sistema de la seguridad social. Sus elementos básicos son: la base de la cotización y la tasa o monto o cuota.

El sujeto obligado es la persona, natural o jurídica, que debe solicitar la afiliación, comunicar las altas y bajas y aportar oportunamente al sistema de la seguridad social.

Las bases de cotización son las cantidades sobre las cuales se calculan las cuotas de la seguridad social que deben ingresar al sistema como su principal recurso económico. El legislador puede establecer topes máximos y mínimos, entre las que debe estar siempre comprendida la base de la cotización.

La base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público será el salario mensual. Tratándose de trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo. Tratándose de los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.

Por otra parte, existe otro tipo de recursos provenientes del erario público a través de los cuales se financian las pensiones; estos son principalmente los bonos pensionales y las cuotas partes pensionales que son el componente fiscal de la financiación del sistema general de pensiones.

Como norma general, las pensiones se pagan de los haberes de los organismos encargados de las pensiones. “No hay mayor problema cuando, como en el caso español, existe una caja única de la seguridad social, debidamente controlada. El inconveniente radica cuando hay muchas cajas y el aspirante a pensionado ha cotizado en varias de ellas; es acá donde surge toda la problemática que en Colombia trata de solucionarse mediante los mecanismos de los bonos pensionales o de las cuotas partes⁶⁶”.

Los bonos se refieren a traslado de régimen o a paso de una entidad gestora a otra, caso en el cual se efectúa un cálculo actuarial sobre todo el universo de la pensión del aspirante a

⁶⁵ DUEÑAS, Op. cit. p. 225

⁶⁶ Ibid. p. 242

jubilado. En la cuota parte, por el contrario, se analiza cual es la cantidad de la mesada y se distribuye ésta, mensualmente, entre diferentes entidades gestoras a las cuales la persona ha cotizado.

5.3.4 Beneficios y cobertura. El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida ampara básicamente las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivencia, lo cual se traduce en el reconocimiento de la pensión de vejez, la pensión de invalidez por riesgo común y la pensión de sobrevivientes, así como la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez y la pensión sustitutiva a la pensión de sobrevivientes.

La pensión de vejez es el derecho que tiene el trabajador asalariado o independiente a percibir una prestación en dinero con carácter periódico y vitalicio, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos. “Se busca entonces mediante esta prestación, retribuir a la persona que ha entregado lo mejor de su fuerza de trabajo garantizándole ahora que ha perdido sus energías y se encuentra en estado de inferioridad frente al mercado laboral, los ingresos necesarios que le permitan conservar una vida digna para sí y el núcleo familiar que de ella depende⁶⁷”.

A su vez la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez consiste en el derecho que tiene la persona que pese a haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no ha cotizado el número mínimo de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión y declare su imposibilidad de continuar cotizando. También tiene derecho a esta indemnización el servidor público cuando se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin completar el mínimo de semanas requerido y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

Por otra parte, la pensión por invalidez por riesgo común cubre las contingencias producidas por la enfermedad y el accidente común. El derecho se origina en razón del estado de disminución o desprotección a que se ve abocado el trabajador cuando pierde el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral.

De igual manera se consagra la indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez por riesgo común, que se reconoce al afiliado al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, en cuyo caso tiene derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por su parte, la pensión de sobrevivientes puede ser definirse como el pago o retribución mensual que continúan percibiendo los miembros del núcleo familiar de un pensionado o afiliado por el hecho de la muerte o fallecimiento de éste. Sobre la naturaleza de este tipo de prestación económica la Corte Constitucional señaló que “la sustitución pensional

⁶⁷ CORTES, Op. cit. p. 133

responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria⁶⁸.

La indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes se encuentra consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, en donde se dispone que aquellos miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de morir no cumplía los requisitos exigidos para optar a dicha pensión, tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a la que le hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por último, como prestación económica del Régimen de Prima Media, la Ley 100 consagra el auxilio funerario que, ante la muerte del trabajador afiliado o al pensionado, adicionalmente a la pensión de sobrevivientes o a la indemnización sustitutiva según sea el caso, se reconoce a la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro y su valor corresponderá a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, pero sin que pueda ser menor a cinco salarios mínimos legales mensuales, ni superior a diez veces dicho salario.

5.4 REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

La Ley 100 de 1993 define el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como el conjunto de entidades, normas y procedimientos mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar pensiones de sus afiliados. Se trata de un régimen también solidario por cuanto el Estado garantiza completar los ahorros de aquellos que, una vez realizados los aportes durante su vida laboral, no reúnan el monto mínimo necesario, pensión mínima que es distinta a la ayuda asistencial que se le otorga a la población anciana en situación de miseria.

Para este régimen también existe una garantía del Estado, tanto de los ahorros en las cuentas individuales como de las pensiones, cuando las administradoras no cumplan sus obligaciones. Es decir que el Estado responderá por los faltantes que se llegaren a presentar.

Dicho sistema de ahorro individual se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros, los cuales van a una cuenta individual, y del valor del bono pensional cuando a él haya derecho. Por tal razón la cuantía de las pensiones depende de los aportes de los afiliados y el empleador, del rendimiento financiero y, en su caso, del subsidio del Estado.

Se encuentran excluidos de este régimen los hombres mayores de cincuenta y cinco años y

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-002 de enero 20 de 1999. Magistrado ponente; Dr. Antonio Barrera.

las mujeres mayores de cincuenta salvo que se comprometan a cotizar quinientas semanas como mínimo.

5.4.1 Los fondos privados de pensiones. Son el conjunto de cuentas de ahorro pensional que conforman un patrimonio autónomo que se denomina “fondo de pensiones”. Es decir, los fondos de pensiones están conformados por el conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional. La totalidad de los rendimientos de ese fondo se abona en proporción al saldo de la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y al tiempo de permanencia.

Los fondos de pensiones son, entonces, independientes del patrimonio de la sociedad que los administra. Así se garantiza la autonomía de las cuentas de ahorro pensional con respecto del patrimonio de la sociedad administradora.

Por su parte, los fondos de pensiones son administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones. Las administradoras son sociedades anónimas o instituciones solidarias, respecto de las cuales la ley exige montos de patrimonio, oferta pública de acciones y capacidad humana y técnica especializada. Se establecen también montos máximos de capital, niveles adecuados de patrimonio, garantías y régimen sancionatorio.

Finalmente, conviene distinguir también el concepto de cuenta pensional que se asocia al de fondo de pensiones y al de sociedad administradora de fondos de pensiones. La cuenta pensional es una cuenta individual de ahorro que debe destinarse exclusivamente para acceder a la pensiones del sistema y, excepcionalmente, para realizar algunas operaciones financieras que el propio sistema autoriza. La ley es explícita en que cada afiliado sólo puede tener una cuenta pensional.

Los movimientos en las cuentas individuales de ahorro pensional deben ser oportunamente informados al afiliado a través de extractos trimestrales. Tales extractos deben registrar las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. Las entidades administradoras tienen la obligación de mantener información exacta y actualizada sobre la cuenta individual del afiliado, de tal manera que estén en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumpla los requisitos para acceder a la pensión por vejez.

5.4.2 Financiación. Financieramente la cuenta individual de ahorro pensional está conformada por cuatro componentes: las cotizaciones obligatorias, las cotizaciones voluntarias, el rendimiento financiero y los bonos pensionales.

En general, el sistema pensional establece la obligatoriedad para los afiliados de efectuar las cotizaciones que se indican en la ley. El mismo porcentaje y proporción que se aplica en el Régimen de Prima Media es el que se destina a la cuenta pensional. (Ver cuadro 4).

Cuadro 4. Monto de las cotizaciones.

| TRABAJADORES (SMLMV) | | | | | | | |
|-----------------------------|------------------------|-----------------|--------------|--------------|--------------|--------------|------------------|
| AÑO | % DE COTIZACION | Más de 4 | 16-17 | 17-18 | 18-19 | 19-20 | Más de 20 |
| 2003 | 13.5 | 14.5 | 14.7 | 14.9 | 15.1 | 15.3 | 15.5 |
| 2004 | 14.5 | 15.5 | 15.7 | 15.9 | 16.1 | 16.3 | 16.5 |
| 2005 | 15 | 16 | 16.2 | 16.4 | 16.6 | 16.8 | 17 |
| 2006 | 15.5 | 16.5 | 16.7 | 16.9 | 17.1 | 17.3 | 17.5 |
| 2007 | 15.5 | 16.5 | 16.7 | 16.9 | 17.1 | 17.3 | 17.5 |
| 2008 | 16.5 | 17.5 | 17.7 | 17.9 | 18.1 | 18.3 | 18.5 |

Fuente. LEGIS. Cartilla de seguridad social y pensiones. p. 40

Las cotizaciones voluntarias son cotizaciones adicionales que representan valores superiores a los establecidos como cotización obligatoria, que pueden ser aportados en forma periódica u ocasional por el afiliado, con el fin de incrementar el saldo de su cuenta de ahorro pensional. Lo anterior se permite en razón a que el régimen de ahorro individual reconoce la pensión de vejez en función de la cantidad de dinero depositada en la cuenta individual de ahorro pensional, de modo que es de su esencia que existan cotizaciones adicionales.

Las cotizaciones voluntarias constituyen, entonces, el mecanismo en virtud del cual el régimen de ahorro individual sitúa en cabeza del afiliado la responsabilidad de la conformación del capital que permita obtener una pensión acorde con sus expectativas pensionales, pues el régimen legal cumple con su finalidad si logra financiar la pensión mínima.

Otro de los componentes del Régimen de Ahorro Individual son los rendimientos financieros. En razón a que el conjunto de cuentas individuales constituye un patrimonio autónomo denominado “fondo de pensiones” que es de propiedad de los afiliados y es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

El fondo de pensiones produce unos rendimientos financieros y la totalidad de éstos deben ser abonados en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período.

Los rendimientos financieros tiene dos mecanismos de control: uno legal y uno de mercado. El mecanismo legal de control de los rendimientos del fondo de pensiones que se abonan en las cuentas de ahorro pensional es el de la “rentabilidad mínima”: las administradoras deben garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima que será determinada por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta el rendimiento en papeles e inversiones representativas del mercado que sean comparables, de modo que si no se alcanza dicha rentabilidad, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos.

El mecanismo de mercado que garantiza los rendimientos financieros de las cuentas de ahorro pensional consiste en el esfuerzo que realiza cada una de las sociedades administradoras para obtener la mejor rentabilidad dentro del mercado, con el propósito de atraer el mayor número de afiliados. Contribuyen a este mecanismo las normas relativas a la libre escogencia de entidades administradoras, junto con la obligación que éstas tienen de publicar la rentabilidad obtenida, además de los controles a la veracidad y precisión de la publicidad de las actividades de las administradoras.

Finalmente, otro componente financiero del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lo constituyen los bonos pensionales. Hay lugar a la expedición de un bono pensional cuando el afiliado se traslada del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, resultando en este evento necesario trasladar a la cuenta de ahorro pensional un título representativo del valor proporcional de la pensión que se estaba causando, que se denomina “bono pensional”.

Este bono pensional, que se denomina “bono pensional tipo A”, forma parte del capital de la cuenta de ahorro pensional que servirá para obtener la pensión cuando haya sido redimido. El bono se redime cuando lo determine la ley, pero también puede ser redimido anticipadamente cuando se negocie su valor en el mercado bursátil.

5.4.3 Beneficios y cobertura. El Régimen de Ahorro Individual contempla varias modalidades de pensión, que no son otra cosa que mecanismos para convertir el capital pensional en una pensión periódica. Se tienen previstas tres modalidades que son: el retiro programado, la renta vitalicia inmediata y el retiro programado con renta vitalicia diferida.

En primer lugar, el retiro programado es una modalidad en donde intervienen solamente dos sujetos: el afiliado y su entidad administradora. En esencia consiste en que el afiliado obtiene una pensión de la administradora, efectuando retiros de su cuenta pensional.

El artículo 81 de la Ley 100 define el retiro programado como “la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar”.

Lo que se regula en esta modalidad es una técnica para obtener que los retiros de la cuenta pensional permitan razonablemente suponer que el saldo respectivo alcanzará para efectuar los pagos pensionales durante toda la vida del pensionado.

La segunda modalidad, como quedó dicho, es la renta vitalicia inmediata. En esta modalidad de pensión del Régimen de Ahorro Individual intervienen tres sujetos: la entidad administradora, el afiliado que se va a pensionar y una aseguradora libremente elegida por el afiliado.

El afiliado celebra con la aseguradora un contrato de renta vitalicia. Se trata de un contrato

aleatorio que está definido por el artículo 2287 del Código Civil como: “La constitución de una renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga a título oneroso a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero”.

En este caso, el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

Esta modalidad de pensión es simultáneamente aplicable para la pensión de vejez, pues la aseguradora se compromete a pagar la pensión hasta el fallecimiento, y también de pensión de sobrevivientes, pues supone pagar esa pensión, a partir del fallecimiento del pensionado, mientras haya beneficiarios con derecho. Debe entenderse, desde luego, que si no hay beneficiarios de pensión de sobrevivientes, el fallecimiento del pensionado bajo esta modalidad de pensión no puede transmitir a sus herederos ningún capital pensional, pues ya lo había transferido a la aseguradora al celebrar el contrato de renta vitalicia.

Finalmente, la tercera modalidad de pensión es el retiro programado con renta vitalicia diferida. Constituye una combinación de las dos primeras (retiro programado y renta vitalicia inmediata). En este caso el afiliado que se va a pensionar hace un análisis de su capital pensional, dividiendo su monto en dos partes: una para tomar un retiro programado y otra parte para tomar una renta vitalicia. La normatividad no señala proporciones específicas en esa división del capital pensional.

Con la parte del capital con la cual el afiliado ha decidido contratar un retiro programado no se tienen que efectuar cálculos de vida probable, pues el retiro programado se toma por un tiempo determinado, de modo que se van calculando las anualidades según el respectivo número de años. Para esta parte del capital pensional, entonces, se siguen las reglas del retiro programado.

Simultáneamente con la decisión de tomar el retiro programado con una parte del capital pensional, el afiliado toma la decisión de contratar una renta vitalicia, con la aseguradora elegida conforme al procedimiento ya descrito. Este contrato de renta vitalicia se celebra en el mismo momento en que se toma el retiro programado, pero el pago de esta renta vitalicia es diferido: la aseguradora sólo comienza a pagarlo cuando finalice el tiempo durante el cual se tomó el retiro programado.

6 POSICION DE LA JURISPRUDENCIA

6.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ha sido sin duda la corporación judicial que mayores aportes ha hecho a la seguridad social en cuanto a su interpretación.

Muchos temas de la seguridad social han sido objeto de los pronunciamientos del máximo tribunal constitucional, bien sea cuando le haya correspondido estudiar y decidir que alguna norma jurídica se ajusta o no de los preceptos de la Carta Política, o a través de su función de revisión eventual de las acciones de tutela interpuestas a lo largo y ancho del territorio nacional.

Podría decirse que casi todos los temas han sido abordados por la Corte Constitucional, siendo estos pronunciamientos documentos necesarios e ineludibles en la labor interpretativa que le corresponde no solo a las autoridades judiciales, sino también a las entidades administrativas que deben resolver situaciones en donde se involucra algún tema de la seguridad social.

Ahora bien, en lo que corresponde a las pensiones en particular, muchos han sido los temas abordados y por ello se reconocen algunas nociones o conceptos de la jurisprudencia constitucional de las que se sirve especialmente el juez de tutela al momento de decidir los temas que involucran derechos pensionales.

6.1.1 El derecho a la pensión como un derecho fundamental. Resulta de vital importancia e interés determinar la fundamentalidad del derecho a la pensión, especialmente si con el ejercicio de la acción de tutela se pretende el amparo de algún derecho sobre esta materia. Dicho en otras palabras, descifrar si el derecho a la pensión es un derecho fundamental permitiría conocer si el amparo constitucional es procedente a la luz del artículo 86 de la Constitución Política, pues esta disposición se encuentra consagrada para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”.

Sin embargo, se tiene suficiente claridad al reconocer que el derecho a la pensión en principio no es un derecho fundamental, “como tampoco lo son el derecho a la salud y en general ninguno de los derechos que se puedan enmarcar dentro del concepto de la Seguridad Social⁶⁹”, especialmente porque no se encuadran en el capítulo I del título II que abarca los artículos del 11 al 41 de la Constitución Política.

Ahora bien, que el derecho a la pensión no sea un derecho fundamental bajo la óptica del

⁶⁹ VELASQUEZ, Op. cit. p. 57

derecho autónomo, independiente o individualmente considerado, sí podría serlo en ciertos eventos, y es cuando lo sea por conexidad con otro derecho indudablemente fundamental, como el derecho a la vida o a la igualdad; cuando por vulneración del derecho pensional se amenaza o se pone en peligro otro derecho que es en sí mismo fundamental como es el de la vida por ejemplo.

La Corte Constitucional ha extendido por vía de la acción de tutela la protección a ciertos derechos que en principio no son de naturaleza fundamentales desarrollando la tesis de la conexidad, derechos que no “siendo denominados como tales por el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no son protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos⁷⁰”.

Por otra parte, algunos otros pronunciamientos de la máxima instancia constitucional han hecho radicar el carácter de derecho fundamental de la pensión en que es éste último un derecho de segunda generación, de carácter prestacional.

Los derechos que se derivan del concepto de Seguridad Social, entre ellos el derecho a la pensión de vejez, son derechos reconocidos por la doctrina internacional como “derechos de segunda generación”, esto es, aquellos llamados derecho-prestación. Estos derechos, a diferencia de los de primera generación o derechos fundamentales, que por contener un contenido axiológico inherente a la naturaleza humana tienen una eficacia jurídica directa, implican, en cambio, un desarrollo legislativo para poder hacerse efectivos⁷¹.

6.1.2 El derecho a la pensión y su afectación al mínimo vital. El derecho al mínimo vital no tiene consagración expresa en la Carta Fundamental sino que ha sido producto del desarrollo jurisprudencial.

El primer pronunciamiento se produjo a partir de la controversia planteada por una persona de la tercera edad con derecho a pensión pero sin el goce efectivo de la misma, debido a una injustificada omisión de la Caja Nacional de Previsión. En este fallo se hizo una interpretación sistemática de la Carta Fundamental, según la cual “aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia, éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad⁷²”.

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 de 1992.

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-596 de 1997.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992.

La valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación arbitraria, sino que depende de las situaciones concretas. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el salario mínimo ni con la valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo⁷³.

6.1.3 Doctrina constitucional sobre derechos adquiridos. En la Sentencia C-147 de 1997, la Corte Constitucional dijo que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo: “configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrocinio de una persona”. Sin embargo, señala la Corte, “la nueva ley sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”, aunque aclarando que las “expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.

6.1.4 Las expectativas legítimas. La Sentencia C-789 de 2002 ha dicho que en caso de tránsito legislativo el acceso a un régimen de transición en pensiones no es un derecho constitucional adquirido sino una expectativa legítima.

La creación de un régimen de transición 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 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.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre la diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instancias jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado

⁷³ DUEÑAS, Op. cit. p. 130

conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permiten el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁷⁴.

6.1.5 Derecho al reconocimiento de la pensión. El derecho al reconocimiento de la pensión es un derecho fundamental y no puede haber demora injustificada. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

El aspirante a pensionado tiene derecho a acciones del ente gestor y no está obligado a asumir las secuelas del desdén administrativo, ni el “desorden que ha ocasionado una ostensible vulneración del derecho de petición” (T-796/01) No pueden existir disculpas para demorar el reconocimiento de la pensión. “Las entidades estatales que tienen la función de estudiar, analizar y conceder el derecho a la pensión de jubilación no pueden escudarse en los trámites administrativos para retardar al trabajador su goce pensional, en perjuicio de sus derechos fundamentales”. (T-887/01). Lo justo sería que inmediatamente el trabajador deje de ser activo, pueda disfrutar de su jubilación. En España la tramitación de una pensión no demora más de doce días. En Colombia la situación es distinta y en la práctica hay demora de varios años. Esto no debiera ocurrir porque sumados los lapsos de tiempo establecidos por la ley para el trámite de una pensión, oscila entre cuatro y seis meses. Pero como casi siempre se supera ese límite, entonces el juez de tutela hará respetar el derecho de petición en conexidad con el de seguridad social.

Es importante señalar que los jueces siempre cumplen con los requisitos señalados para la tramitación de la acción de tutela: diez días en primera instancia, veinte días en segunda instancia, noventa días en la revisión. Es insólito que los funcionarios administrativos no cumplan los términos que a ellos se les señalan y que su morosidad origine innumerables solicitudes de amparo⁷⁵.

6.1.6 Pago oportuno de las mesadas. El derecho a la seguridad social en pensiones se hace efectivo a través del pago oportuno de las mesadas pensionales. Su incumplimiento vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la salud del pensionado.

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-613 de 1993.

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2002.

La Sentencia C-546 de 2002 dice, respecto al no pago de la mesada pensional, que ello equivale “ni más ni menos, a una expropiación sin indemnización, esto es, a una confiscación, la cual sólo está permitida en la Constitución para casos especiales, mediante el voto de mayorías calificadas en las cámaras legislativas”. En dicha sentencia se puso freno a la dificultad de ejecutar al Estado antes de dieciocho meses a partir del título de ejecutoria. La Corte consideró que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporadas al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

6.2 LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también ha tomado parte activa y decisiva en su aporte a la jurisprudencia sobre la Seguridad Social en materia pensional. En muchos temas ha fijado posición, enriqueciendo con ello el debate sobre múltiples aspectos de interés no solo para los pensionados sino también para todas las personas que pertenecen al Sistema General de Pensiones.

Entre muchos temas se puede hacer breve mención respecto de los siguientes.

6.2.1 Derechos in nuce. La Corte Suprema de Justicia hace referencia a los derechos in nuce, como aquellos sometidos a condición suspensiva, “por cuanto la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, solo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución⁷⁶”. Con esta figura se ha logrado dejar de lado el concepto de simples expectativas.

6.3 EL CONSEJO DE ESTADO

También el Consejo de Estado ha elaborado importantes fallos relacionados especialmente con el régimen de transición y los regímenes exceptuados, pues se debe recordar que a la jurisdicción contencioso administrativa no le corresponde el conocimiento de los litigios o asuntos involucrados con el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que fue modificado por la Ley 712 de 2001, al asignar competencia a la jurisdicción ordinaria laboral, en su especialidad laboral y de seguridad social, solamente se refirió a “las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Fallo de julio 24 de 2002, expediente 18266.

prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan”.

De manera muy especial, la jurisprudencia del Consejo de Estado se refiere al denominado régimen de transición para los empleados públicos y a los regímenes exceptuados⁷⁷.

Así las cosas, la jurisdicción contencioso administrativa considera que ella es competente para conocer de las controversias jurídicas sobre prestaciones sociales (dentro de ello pensiones, salud, riesgos profesionales, servicios sociales, cuando éstas tengan que ver con los empleados públicos, y por extensión a los afiliados, beneficiarios y usuarios, excluidos de la Ley 100 de 1993 por el artículo 279 y de quienes estén dentro del régimen de transición de pensiones en razón de que no hacen parte de la seguridad social integral y se gobiernan por normas diferentes a la Ley 100 de 1993⁷⁸.

⁷⁷ Conviene acordarse que el Acto Legislativo No. 01 de 2005 dispuso que a partir de su vigencia no habrían regímenes especiales ni exceptuados, salvo para el caso de la Fuerza Pública, al Presidente de la República. El párrafo transitorio 2º señala, sin embargo, que “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”.

⁷⁸ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala expresamente que el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas, ni a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de petróleos.

7 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El concepto de seguridad social ha debido sufrir la influencia del desarrollo social mismo. Dicho de otra manera, la seguridad social es producto de la evolución humana y, sobre todo, de su aspiración para procurarse bienestar en el presente y el aliciente de un futuro tranquilo.

Las instituciones de la seguridad social no han sido fruto de generación espontánea ni de la idealización de una mente benefactora brillante. En esta evolución ha influido necesariamente la concepción de un Estado responsable por la vida y el bienestar de sus asociados.

La construcción de un ideario que concibe al ser humano y su entorno social como propósito último del Estado, se debe apoyar necesariamente en el principio de la solidaridad que es la razón de ser misma de la seguridad social. Sin este principio, el de la solidaridad, no puede entenderse como nacieron las principales instituciones de la seguridad social.

Sin embargo, aún antes de la existencia del Estado como institución, la familia y otras organizaciones sociales cumplieron una labor importante en esta evolución.

La pensión, como respuesta a esa solidaridad, nace tras un largo proceso en el que se reconoce la necesidad de atender al individuo o a su familia frente al desamparo por la vejez, la invalidez, la viudez o la orfandad. Al principio la pensión es expresión de solidaridad o de recompensa.

Haciendo un comentario sobre los sistemas pensionales como una forma elevada de solidaridad social, puede decirse que estos no son en sí mismo considerados ni buenos ni malos. Eso sí, deben estar ajustados a las necesidades de la población afiliada, y sobre todo, deben diseñarse de tal forma que no estén condenados al fracaso y a la extinción.

La construcción de un modelo pensional no puede ser cosa sencilla, sobre todo porque nunca el punto de partida será un “borrón y cuenta nueva”, aún en el caso de las reformas estructurales, pues de alguna manera siempre se arrastra con un rezago bastante significativo que finalmente marca la diferencia entre un ensayo completamente original y el ajuste de un sistema que trae consigo los vicios y deficiencias anteriores.

En Colombia con la expedición de la Ley 100 de 1993 se intentó hacer una reforma verdaderamente estructural, que en un principio planteó la posibilidad de eliminar el sistema público de pensiones (de reparto), adoptando el de capitalización (basado en el ahorro), a semejanza de lo que se hizo en Chile.

Sin embargo, el proyecto encontró mucha oposición en algunos sectores, especialmente en el sindical, tras lo cual se implementó un sistema verdaderamente ecléctico, con el que se planteó la libre competencia entre el componente público y el privado, dejando subsistir paralelamente los dos, aunque la idea inicial fue eliminar el sistema público de reparto, lo cual no se logró.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2 ed. Legis, Bogotá: 2007. 757 p.

BONILLA GARCIA, Alejandro y CONTE-GRAND, Alfredo. Las reformas de los regímenes de pensiones en América Latina: Crónica y reflexiones. Lima: 1997.

CARRASCO GONZALEZ, Emilio A., et al. Diez años del sistema de seguridad social colombiano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2003. 411 p.

CORTES HERNANDEZ, Oscar Iván. Derecho de la seguridad social. Del Profesional. Bogotá: 2003. 263 p.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las pensiones. 2 ed. Del Profesional, Bogotá: 2003. 540 p.

LEGIS. Cartilla de seguridad social y pensiones. Bogotá: 2007. 249 p.

LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Tomo I. Bogotá: TM Editores, 1994. 462 p.

MESA-LAGO, Carmelo. Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales en América Latina. En: Revista de la CEPAL 84. Diciembre, 2004.

PATIÑO BELTRAN, Carlos Augusto. La tutela en pensiones. Leyer. Bogotá: 2006. 259 p.

QUINTERO SEPULVEDA, Alvaro. Régimen de transición pensional de los empleados públicos. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín: 2006. 425 p.

RINCON HERRERA, Eduardo. Guía de protección en pensiones. Comlibros. Bogotá: 2006. 249 p.

VELASQUEZ FERNANDEZ, Mauricio. El sistema pensional colombiano. Señal Editora, Bogotá: 2007. 261 p.

ANEXOS

ANEXO A. Sentencia C- 789 de 2002

Referencia: expediente D-3958

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36, incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993.

Demandante: Luis Eduardo Hernández Delgado

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Luis Eduardo Hernández Delgado demandó el artículo 36, incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993 "*Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.*"

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41148 del 23 de diciembre de 1993. Se resaltan y subrayan los apartes normativos demandados:

"Ley 100 de 1993 (diciembre 23)

"Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"
"ARTICULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los

hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. 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.

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley. el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

"Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

"Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

"Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos. a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

"PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero(1º.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

III. LA DEMANDA

El demandante considera que los incisos demandados vulneran los artículos 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

En su criterio, "el RÉGIMEN DE TRANSICIÓN constituye un DERECHO LABORAL CONCRETO, ADQUIRIDO por quienes al entrar a regir la Ley 100 de 1993 cumplían los presupuestos previstos en el inciso 4 del art. 36 (se refiere al inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las condiciones para acceder al régimen de transición son que las personas "... al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados" y que en ese momento se encuentren afiliados a un sistema de seguridad social en pensiones.), garantizado por el art. 58 de la C.N."

Desde la perspectiva del demandante, el legislador no podía dejar de aplicar el régimen de transición a quienes cumplieran las condiciones de edad y tiempo de servicios fijadas en el inciso segundo del artículo 36, porque las personas se afiliaran voluntariamente al nuevo sistema de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con la opción consagrada en el inciso cuarto de la Ley 100 de 1993. Los beneficios consisten en que a los destinatarios del régimen de transición se les aplicará el régimen anterior en el cual estuvieran afiliados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez ..." Del mismo modo, tampoco podía excluir a quienes, habiendo escogido inicialmente el sistema de ahorro individual con solidaridad, se trasladaran nuevamente al de prima media con prestación definida.

En su parecer, el acceso al régimen de transición constituye un derecho adquirido, no una mera expectativa, y como tal debe recibir la protección del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta.

Sostiene además, que en todo caso las personas en favor de quienes se consagra el régimen de transición no pueden renunciar a los derechos que de él se derivan pues la Constitución consagra la "*irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*" y que la posibilidad de renunciar a tales beneficios contraría el artículo 53 de la Carta. En el mismo sentido afirma que los incisos demandados son contrarios al inciso segundo del artículo 48 de la Carta, pues según su interpretación, esta disposición constitucional que consagra la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social tiene el alcance de impedir el retiro voluntario del régimen de transición, cuando se cumplen las condiciones consagradas en el inciso segundo del artículo 36.

Finalmente, el actor considera que los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 vulneran el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Mediante tales incisos se está excluyendo a personas que cumplían con los requisitos para acceder al

régimen de transición cuando entró en vigencia la ley, por la sola circunstancia de haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, incluso a pesar de que con posterioridad se hayan trasladado nuevamente al régimen de prima media con prestación definida.

Según su criterio, si cumplen con la edad y el tiempo de servicios requeridos para entrar en el régimen de transición, a todas estas personas se les debe aplicar el régimen de transición, pues se encuentran en la misma situación de hecho, siendo irrelevante que se hayan trasladado de un régimen a otro.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El ciudadano, Juan Pablo Cárdenas Mejía, actuando como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino en este proceso para solicitar la declaratoria de constitucionalidad de los incisos demandados, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación.

Afirma que el artículo 58 de la Constitución ampara los derechos adquiridos entendidos como aquellas prerrogativas que confiere el ordenamiento a una persona que ha cumplido las condiciones previstas por la Ley.

En este sentido, no se presenta vulneración alguna al citado artículo, si se tiene en cuenta que tratándose del derecho a la pensión, la jurisprudencia ha establecido que tal derecho solo se adquiere cuando se ha cumplido la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, en caso contrario, se trata solo de una expectativa que puede ser modificada en cualquier tiempo por el legislador. En este orden de ideas afirma que, *"No se puede sostener que cuando se ha cumplido la edad o el tiempo de servicios previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición se está frente a una situación jurídica concreta o un derecho adquirido, pues dichos requisitos sólo dan la posibilidad de pensionarse con la edad y el tiempo previsto en la legislación anterior, pero en todo caso mientras no se hayan cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas requeridas para acceder a la pensión, no hay derecho adquirido."*

En consecuencia, al no ser el régimen de transición un derecho adquirido, tampoco se presenta una vulneración al artículo 53 superior que consagra los beneficios laborales mínimos irrenunciables.

En lo que respecta a la presunta vulneración al artículo 48 de la Carta, afirma que el hecho de que una persona escoja el sistema de ahorro individual no implica una renuncia al derecho a la seguridad social, pues la protección se recibe solo que bajo reglas diferentes.

Explica que la razón de ser de la norma acusada se funda en el hecho de que a partir de la Ley 100 de 1993, existen dos alternativas en materia de seguridad social: el régimen de prima media con prestación definida, y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

La regla que consagra el inciso 4 demandado, es consecuencia de la aplicación del régimen de ahorro individual con solidaridad teniendo en cuenta que el mismo no implica un régimen de beneficio definido. En este orden de ideas, *"Sostener que una persona que se encuentra en el régimen de ahorro individual puede invocar el régimen de transición implicaría entonces que no existe la posibilidad de optar entre un régimen y otro, y que en últimas siempre existe el régimen de prima media, lo cual desconoce tanto la diferente naturaleza de los dos regímenes, así como el hecho que la propia Corte Constitucional ha señalado que el Constituyente otorgó al legislador la facultad de organizar el régimen de seguridad social y optar por diversas alternativas."*

En relación con la presunta vulneración al artículo 13 superior, reitera que la dualidad de regímenes en materia de seguridad social, no vulnera el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que cada uno opera bajo reglas diferentes, particularmente en lo que concierne al régimen de transición. En consecuencia, el tratamiento que se otorga es proporcional, pues quien se afilia al régimen de ahorro individual pierde aquello que es incompatible con dicho régimen, en este caso los beneficios consagrados en el régimen de transición, pero a su vez tiene derecho a otras ventajas.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

El ciudadano Henry Andrey González Sarmiento, actuando como apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, intervino en este proceso para defender la constitucionalidad de los incisos demandados, argumentando que al establecer las causales de pérdida del régimen de transición el legislador está actuando dentro del ámbito de su competencia, teniendo en cuenta diferentes variables, lo cual explica la dualidad de regímenes.

En relación con el derecho a la igualdad y con base en lo establecido por la jurisprudencia, estima que los dos regímenes son excluyentes y diferentes, lo que genera un trato diferenciado, pero razonable y proporcionado entre los afiliados.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 2881 recibido el quince (15) de mayo de 2002, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los incisos cuarto y quinto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar, establece que respecto de la disposición demandada ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa, aclarando que en el caso particular por tratarse en esta oportunidad de nuevos cargos, es procedente un pronunciamiento de fondo sobre los mismos.

Después de hacer una presentación sobre los regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones y sus características, concluye que en virtud de los principios que rigen el sistema de seguridad social, tanto los trabajadores del sector público como del privado podían y pueden seleccionar en forma libre y voluntaria el régimen de pensiones que más les convenga.

Establece que el régimen de transición consagrado en la norma demandada, se constituye en un beneficio reconocido por el legislador a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida, para quienes tuvieran alguno de los requisitos de edad o tiempo de servicio o semanas de cotización, siempre y cuando en uno y otro caso estuviere vigente la relación laboral.

Para tales personas, el beneficio consiste en acceder a la pensión de vejez, con el cumplimiento de las exigencias relativas a la edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieren afiliados al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo de la norma demandada.

Lo anterior en virtud de la facultad que el legislador le concede al afiliado de escoger de manera libre y espontánea cualquiera de los regímenes solidarios y excluyentes al cual quiere pertenecer, constancia que debe quedar por escrito al momento de la vinculación o del traslado. Teniendo en cuenta lo anterior, una vez el afiliado concreta su voluntad en la situación prevista en el régimen de transición, la misma se torna en irrevocable, hecho que no desconoce la Constitución.

En relación con los derechos adquiridos y garantizados por el Artículo 58 Superior, en la situación planteada en el régimen de transición no se presentan derechos adquiridos, toda vez que no se han satisfecho los requisitos de la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas exigidas para obtener la pensión, siendo una mera expectativa la que realmente se tiene para alcanzar el derecho.

Tampoco considera que se vulnere el artículo 53 de la Constitución que consagra la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, pues de ninguna forma en la situación contemplada en los incisos demandados, se permite la renuncia de derechos. Lo anterior, reiterando que no se trata de un derecho adquirido sobre el reconocimiento de la pensión, sino de una simple expectativa.

Finalmente, y en cuanto a la acusación sobre la vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, estima que el régimen de transición consagra de manera clara su aplicación para aquellos quienes cumplan con alguna de las exigencias contempladas, surgiendo para dichas personas una situación especial, pues si alcanzan la edad para acceder a la pensión y han completado el tiempo de servicio o cotizado el mínimo de semanas, logran obtener el reconocimiento de la pensión de vejez adquiriendo una calidad diferente, frente a quienes por no reunir los requisitos quedan sometidos a la Ley 100 de 1993, pudiendo escoger el régimen al cual quieren pertenecer, escogencia que si bien se torna en irrevocable no vulnera ninguna disposición constitucional.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4 y 5 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para resolver la demanda presentada contra la norma en comento, por hacer parte de un ordenamiento de carácter legal.

2. Asunto objeto de la decisión

2.1 Consideración Preliminar: cosa juzgada relativa sobre el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

La Corte, en Sentencia C-410/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), ya se había pronunciado en relación con el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarándolo exequible en relación con el cargo formulado en tal ocasión, que consistía en que la diferencia en la edad de jubilación entre hombres y mujeres era contraria a la Carta Política. Al comienzo de sus consideraciones la Corte sintetiza el cargo formulado en aquella oportunidad, de la siguiente manera: "Conforme a los términos de la demanda que en esta ocasión decide la Corte, el único argumento que el actor esgrime para fundar la inconstitucionalidad, cuya declaratoria pide a esta Corporación, radica en que los apartes acusados de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la ley 100 de 1993, mediante la cual "se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", quebrantan el artículo 13 superior al establecer para variados efectos, entre los que se destacan el acceso a la pensión de vejez y el disfrute de la pensión sanción, un requisito de edad que difiere según el trabajador sea de sexo femenino o masculino; es así como, en sentir del demandante, las mujeres resultan favorecidas por el señalamiento de una edad menor que la exigida a los varones, a quienes, en consecuencia, se discrimina." En aquella oportunidad, la Corte resolvió:

"Declarar exequibles las siguientes disposiciones de la Ley 100 de 1993, pero únicamente en lo relativo al cargo formulado.

"(...)

"-Artículo 36 inciso primero, inciso segundo en lo acusado y el inciso cuarto en su totalidad." (resaltado fuera de texto)

En la medida en que el cargo planteado en aquella oportunidad difería sustancialmente del que ahora se plantea, y como quiera que la sentencia C-410/94 circunscribe expresamente su pronunciamiento al cargo formulado en aquella oportunidad, sobre este inciso no recae el fenómeno de la cosa juzgada constitucional consagrado en el artículo 243 de la Constitución. Por lo tanto, la Corte puede pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 de la Carta Fundamental.

2.3 Recuento de los cargos de la demanda

En el presente caso el demandante alega que el régimen de transición en materia de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 constituye un derecho adquirido de quienes cumplen los requisitos de edad o tiempo de servicio, conforme al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que la misma ley no puede válidamente excluir de dicho régimen a quienes hayan renunciado al sistema de prima media con prestación definida.

De tal modo, las disposiciones consagradas en los incisos 4° y 5° del artículo 36, que excluyen del régimen de transición a quienes hayan renunciado voluntariamente al sistema de prima media con prestación definida, es inconstitucional. Específicamente porque:

- a) El acceso al régimen de transición, según el cual las personas conservan la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión contemplados en el régimen anterior al cual estaban afiliados, es un derecho adquirido, protegido por el artículo 58 de la Constitución;
- b) Tal derecho hace parte del derecho general a la seguridad social, que es irrenunciable conforme al artículo 48 inciso 2° de la Carta;
- c) Así mismo, hace parte del derecho al trabajo (C.N. art. 25), y en particular, de los beneficios laborales mínimos irrenunciables que debe contener el Estatuto del trabajo, conforme al artículo 53 *ibidem* y;
- d) Excluir de dicho régimen a quienes han renunciado al sistema de prima media con prestación definida constituye una discriminación entre quienes se encuentran en una misma situación de hecho, pues todas estas personas cumplían los requisitos consagrados en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De tal modo que los incisos 4° y 5° consagran un trato diferente a partir de un criterio que no es aceptable constitucionalmente: haber renunciado voluntariamente al sistema de prima media con prestación definida.

De conformidad con los incisos demandados, no serán beneficiarios del régimen de transición quienes se hayan trasladado voluntariamente al sistema de ahorro individual con solidaridad (inciso 4°), así posteriormente se hayan devuelto al de prima media con prestación definida (inciso 5°), a pesar de que cumplieran con la edad, y afiliación vigente. A estas personas, en lugar de aplicárseles las condiciones del régimen anterior al cual estaban afiliados, se les aplican las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, con respecto a la edad, al tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y al monto de la pensión.

Con todo, el demandante también ubica dentro de dicha categoría de personas que pierden el régimen de transición por trasladarse de un sistema a otro a quienes llevaban 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el inciso 4° del artículo 36 se refiere explícitamente a quienes tuvieran 35 años o más, si son mujeres; y 40 o más si son hombres, y se encontraran cotizando a la entrada en vigencia del sistema de pensiones consagrado en la ley. Tal inciso 4° no se refiere expresamente a quienes llevaban 15 años o más cotizando a la entrada en vigencia del sistema de pensiones.

Por lo tanto, de su texto no se puede establecer si esta última categoría de personas queda excluida del régimen de transición al trasladarse al sistema de ahorro individual conforme al inciso 4°, o trasladarse a dicho sistema para retornar posteriormente al de prima media, conforme al inciso 5° del artículo 36. Este aspecto hermenéutico resulta constitucionalmente relevante y por lo tanto la Corte lo abordará dentro del análisis de constitucionalidad de los mencionados incisos.

2.3 Planteamiento del problema jurídico

Para abordar los anteriores cargos la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico constitucional: ¿Es admisible constitucionalmente que el legislador imponga como requisito para aplicar el régimen de transición que las personas no renuncien al sistema de prima media con prestación definida?

Para resolver el problema jurídico, la Corte debe analizar entonces los siguientes aspectos:

- a) Si, frente a un tránsito legislativo, el acceso a un régimen de transición en pensiones corresponde a un derecho constitucional adquirido para quienes llevan cierto tiempo cotizando pero no habían cumplido los requisitos para obtener la pensión conforme al sistema anterior.
- b) Si la protección otorgada por un régimen de transición en pensiones es irrenunciable conforme a los artículos 25, 48 o 53 de la Constitución.

c) Si el requisito de no haber renunciado al sistema de prima media con prestación definida, resulta constitucionalmente aplicable a las personas que llevaban 15 años o más cotizando al entrar en vigencia el sistema.

d) Si la exclusión de los beneficios propios del régimen de transición a quienes cumplen los demás requisitos, pero han renunciado voluntariamente al sistema de prima media, constituye una vulneración del derecho a la igualdad.

3. Análisis de constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

3.1. Frente a un tránsito legislativo el acceso a un régimen de transición en pensiones no es un derecho constitucional adquirido sino una expectativa legítima

En el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al cual pertenecen los incisos demandados, se configura un régimen de transición en pensiones, que hace parte de las instituciones pertenecientes a la prestación social denominada pensión de vejez. El Régimen de Seguridad Social, prevé la protección de tres tipos de eventos: la vejez, la invalidez, y la muerte, correspondiendo a cada una, respectivamente, la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes.. A su vez el sistema general de pensiones contempla dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: el régimen solidario de prima media con prestación definida o tradicional del ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Es importante resaltar que tanto los trabajadores del sector público como los del sector privado pueden elegir libremente entre cualquiera de estos dos regímenes que estimen más conveniente.

El primero, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida, es un sistema en el cual los afiliados o beneficiarios obtienen la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes, o una indemnización, las cuales se encuentran de antemano definidas. Esto ocurre siempre y cuando se cumplan los requisitos legales exigidos, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. En este régimen, los aportes y los rendimientos de los afiliados y de los empleadores constituyen un fondo común de naturaleza pública, y como se mencionó, tanto el monto de la pensión, como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, se encuentran previamente establecidas.

Por su parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad los aportes efectuados por los afiliados durante su vida laboral y sus rendimientos, se capitalizan en forma individual en un fondo privado de capitalización con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones. En este régimen, el monto de la pensión es variable y depende de varios factores como el monto acumulado en la cuenta, la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En este sistema, la pensión también se adquiere como derecho, una vez cumplidos los requisitos exigidos en la ley.

Como se puede observar, en la actualidad coexisten dos regímenes diferentes, cada uno sujeto a diferentes reglas, siendo el régimen de transición reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando en ambos supuestos, en ese momento tuvieran vigente el vínculo laboral. El inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. ..." Por su parte, el artículo 151 de la misma Ley establece: "Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. ..."

A través del citado beneficio, "[l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez" serán las del régimen anterior, siempre y cuando se cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas exigidas en el régimen de transición, al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Lo anterior significa que el régimen de transición se reconoce a una categoría determinable de trabajadores vinculados al régimen de prima de media con prestación definida antes de la Ley 100 de 1993, siendo necesario para hacer parte de dicha categoría, conforme lo establece la ley, cumplir con los requisitos mencionados.

La creación de un régimen de transición 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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9.

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho: "Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. "Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." (resaltado y subrayado fuera de texto) Sentencia C-926 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En Sentencia C-147 de 1997(M.P. Antonio Barrera Carbonell). reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que "configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona." Aclarando posteriormente que "la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales."

La Corte en dicha sentencia continúa su análisis diferenciándolas por otra parte de las meras expectativas que reciben una protección más precaria, aclarando el objeto y alcance de la protección constitucional a estas expectativas, diciendo que: "la ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva". Así mismo, aclaró que las "expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar

beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social."

Con todo, esa misma sentencia afirma que el objeto del artículo 58 de la Carta es proteger frente al tránsito legislativo aquellas situaciones particulares y concretas que se han consolidado definitivamente durante la vigencia de la ley anterior; especificando, sin embargo, que esta protección no es absoluta, y que hay determinadas condiciones bajo las cuales el interés particular en la protección de estos derechos subjetivos debe ceder frente a la utilidad pública o al interés social que motivó la expedición de la nueva ley. Continúa la Sentencia C-147/97: "Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley y no a las meras expectativas de derechos. (...) Sin embargo, es necesario precisar que la regla precedente no es absoluta, porque ella misma prevé la posibilidad de que se puedan afectar, los referidos derechos "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida", evento en el cual "el interés privado deberá ceder al interés público o social". Ello explica, que no obstante el respeto que merecen los referidos derechos sea posible decretar su expropiación, utilizando las modalidades previstas en la Constitución, o que se puedan imponer limitaciones, obligaciones o cargas especiales, con el fin de asegurar la función social de la propiedad y de la función ecológica que le es inherente..." "

En torno al punto específico objeto de decisión, en la Sentencia C-596 de 1997, la Corte determinó que las personas que habían cotizado a pensiones en los sistemas anteriores a la Ley 100 de 1993 pero que, cuando entró en vigencia el sistema de pensiones conforme al artículo 151 El sistema de pensiones entró en vigencia el 1º de abril de 1994, conforme lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, que dice: "ARTICULO 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma." no habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión conforme al sistema anterior, tenían una expectativa, no un derecho adquirido a que se les aplicara el régimen de transición consagrado en el artículo 36. Por lo tanto, conforme al criterio jurisprudencial sostenido por esta Corporación, resulta constitucionalmente admisible que el legislador imponga ciertos requisitos y restrinja con ello el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones sean razonables y proporcionadas. Ver también la Sentencia C-613/96 F.J. No. 9. Por ese motivo la Corte en dicha oportunidad declaró exequible la expresión que condicionaba el acceso a dicho régimen de transición a que la afiliación al sistema anterior estuviera vigente cuando entró a regir el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

En tal oportunidad se refirió específicamente a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de pensiones. Sostuvo que puede afirmarse que se ha adquirido un derecho cuando se cumplen las condiciones consagradas en la ley para acceder a él. De lo contrario se trata de meras expectativas. Así, cuando las personas no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión antes del tránsito legislativo, lo que dichas personas tienen son simples expectativas legítimas o expectativas de derechos, las cuales no son objeto de la protección consagrada en el artículo 58 de la Carta Política.

En el aparte respectivo la Corte dijo:

"Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

"Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho."

"Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta Sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho..." (subrayado y resaltado fuera de texto) Sentencia C-596 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En virtud de lo anterior, no resulta admisible el argumento que esgrime el demandante, en el sentido de que quienes cumpliendo la edad y teniendo afiliación vigente al momento de entrar a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, consolidaron en su cabeza una situación jurídica o adquirieron un derecho, por el tiempo en que se mantuvieron en el régimen de prima media con prestación definida, pues para el momento en que renunciaron voluntariamente a dicho régimen no habían adquirido el derecho a la pensión. Tenían apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad.

En efecto, al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida. Por lo tanto, no puede afirmarse que las personas que renuncian a este sistema se les hubiera siquiera frustrado una expectativa legítima, pues para las personas que no han adquirido el derecho a la pensión, pero tienen la edad para estar en el régimen de transición, ésta existe como tal, únicamente en la medida en que cumplan con no renunciar al régimen de prima media.

Se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo. En tal situación, la nueva ley sí hubiera transformado –de manera heterónoma– la expectativa legítima de quienes estaban incluidos dentro del régimen de transición. Sin embargo, este no es el caso, y por lo tanto, lo que la Corte observa es que este grupo de personas, al renunciar al sistema de prima media con prestación definida simplemente no cumplieron los requisitos necesarios para acceder al régimen de transición.

En virtud de lo anterior, la Corte considera que el cargo formulado no puede prosperar, pues 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.

3.2. La prohibición de renuncia a beneficios laborales mínimos no se extiende a meras expectativas. Tratándose del sistema de pensiones, el legislador dispone de un amplio margen de configuración para fijar las condiciones necesarias para acceder al régimen de transición

De conformidad con los incisos demandados, no serán beneficiarios del régimen de transición quienes se hayan trasladado voluntariamente al sistema de ahorro individual con solidaridad (inciso 4º), así posteriormente se hayan devuelto al de prima media con prestación definida (inciso 5º), a pesar de que cumplieran con la edad, y tuvieran afiliación vigente al entrar en vigencia el sistema de pensiones. A estas personas, en lugar de aplicárseles las condiciones del régimen anterior al cual estaban afiliados, se les aplican las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, con respecto a la edad, al tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y al monto de la pensión.

Para el demandante la aplicación de las condiciones de la Ley 100 de 1993, en lugar de las del régimen anterior vulnera –de manera genérica– el derecho al trabajo (C.N. art. 25), y específicamente implica una renuncia a la seguridad social y a los beneficios laborales mínimos, prohibida por los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.

Tanto en el régimen con prestación definida, como en el régimen –variable- de ahorro individual con solidaridad, los artículos 34 y 35 de la Ley 100 de 1993 consagraron un mecanismo para el cálculo de la pensión –que no fue demandado en esta oportunidad-, y además una pensión mínima, que debe estar garantizada, independientemente de las contingencias que puedan presentarse como consecuencia de la variación en el sistema de ahorro voluntario o del salario base para su reconocimiento. En relación con el artículo 35 y la aplicación de la pensión mínima a todos los regímenes, la Sentencia C-089/97 (M.P. Jorge Arango Mejía), sostuvo: "En consecuencia, hoy no es posible el reconocimiento de una pensión de vejez que esté por debajo del valor señalado en el artículo 35. (...) Por consiguiente, sería inexecutable el parágrafo acusado, si la exclusión a la que él hace referencia estuviera encaminada a que ciertos pensionados no tuvieran derecho a que su pensión fuera por lo menos igual al salario mínimo. Esta interpretación de la norma acusada, violaría el derecho del trabajador a que la ley no desconozca sus derechos mínimos (artículo 53 de la Constitución), toda vez que este monto de la pensión de vejez o jubilación, es una garantía irrenunciable en favor del pensionado, que no puede ser desconocida en ningún régimen pensional. (...) En consecuencia, el monto mínimo de la pensión, es también aplicable a los servidores a que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, quienes, a pesar de hallarse excluidos del régimen general que consagra la ley integral de seguridad social, tienen derecho a que no se desconozcan las garantías y beneficios mínimos que ella ha determinado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación. (...) Por tanto, el aparte acusado del parágrafo no puede interpretarse en relación con el límite mínimo de la pensión, para excluir a algunos pensionados de tal beneficio." Sin embargo, por fuera de este límite, las personas que no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión no tienen derecho a que se les mantenga una cuantía determinada en ninguno de los dos regímenes. En la misma Sentencia C-089/97, la Corte sostuvo que: "No existe ninguna razón de orden constitucional que le impida al legislador variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)."

Al respecto, la Corte en reciente pronunciamiento dijo:

"Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa." (resaltado y subrayado fuera de texto) C-086/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Al afirmarse que quienes no han adquirido la pensión no tienen derecho a una cuantía determinada, ello presupone que no tienen derecho a que se les mantenga indefinidamente la fórmula con base en la cual se calcula la pensión. En esa medida, no puede afirmarse que el cambio de condiciones respecto del monto de la pensión (del régimen anterior al de la Ley 100/93) constituye una renuncia a un beneficio laboral mínimo. Máxime cuando dicho cambio no proviene de una ley posterior que haya impuesto un requisito adicional, sino de la misma ley que creó el régimen de transición, que impuso como condición para su aplicación la permanencia continua en el régimen de prima media.

Por otra parte, este mismo análisis resulta aplicable también a las demás condiciones que varían con el cambio de régimen. Es decir, el tiempo de servicio exigido y a la edad necesarias para que se configure el derecho a la pensión de jubilación. En efecto, del mismo modo como los afiliados al sistema de seguridad social no ostentan un derecho a un monto de pensión predefinido, tampoco tienen un derecho a que se les mantengan en el tiempo las condiciones de edad y tiempo de servicios específico para pensionarse. De considerarse que se trata de condiciones adquiridas contractualmente, y como tales, sometidas a la inmutabilidad de la *lex contractus* implicaría que el legislador no podría modificar en el tiempo estos dos elementos (tiempo de servicios y edad requeridos), que constituyen dos variables fundamentales en la configuración de un sistema de pensiones.

La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los "*medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante*," y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales. La Corte en Sentencia T-1752/00 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) sostuvo en torno a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación: "Con todo, por tratarse de un derecho prestacional y un mecanismo de ahorro forzoso de la población laboralmente activa, cuya efectividad depende de la cantidad de recursos del sistema en un momento histórico determinado, su exigibilidad como derecho prestacional subjetivo está sujeta a unas restricciones y condicionamientos específicos, que permiten garantizar que toda la población tenga acceso a él. (...) El artículo 48 de la Constitución establece que este servicio estará sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, por lo cual es indispensable que su prestación sea regulada mediante un proceso legislativo." (resaltado fuera de texto) Por tal motivo, la Corte, refiriéndose a los regímenes de transición, ha sostenido que una concepción semejante implicaría la petrificación del ordenamiento, en desmedro de diversos principios constitucionales. Al respecto, la Corte ha dicho: ""Sin embargo, cabe preguntarse si este principio debe aplicarse de manera tal que toda mutación normativa, a través de la cual se pretenda cambiar la regulación legal preexistente, debe predicarse inconstitucional si permite la

subsistencia temporal del régimen anterior, o no se retrotrae a regular situaciones consolidadas a su amparo. Este cuestionamiento se revela particularmente importante aplicado al ámbito de los derechos sociales y económicos, pues corresponde a su esencia, admitir un desarrollo progresivo, con arreglo a las posiciones políticas dominantes en las cámaras legislativas y, por supuesto, a la disponibilidad de recursos públicos." (...) "Una respuesta positiva a este interrogante llevaría a la Corte a adoptar una de dos alternativas: (1) la petrificación del ordenamiento vigente en un determinado momento histórico, con menoscabo del principio democrático (C.P. art. 1, 2, 3, 40 y 150) y de la naturaleza misma del sistema jurídico o, (2) la aplicación retroactiva de toda ley posterior, en abierta contradicción con principios como el de la seguridad jurídica de tanta importancia para el desarrollo pacífico de una sociedad, en tanto condición de posibilidad para la realización de los derechos constitucionales fundamentales y para la progresiva evolución de una economía social de mercado (C.P. arts. 1, 2, 22, 333)." Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En tal medida, en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares. Al respecto, en la Sentencia C-596/97 previamente mencionada, que declaró exequible la exclusión del régimen de transición de quienes no estaban afiliados a un sistema de pensiones al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, sostuvo en relación con los derechos de seguridad social, consagrados en el artículo 48 de la Constitución, que "los derechos que corresponden a esta categoría, como anteriormente se explicara, se adquieren en los términos que la ley señala", agregando posteriormente, en relación con la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, que "los beneficios que son irrenunciables son aquellos que se erigen como derechos ciertos o adquiridos, y, como se vio, la mera posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de ciertos requisitos y en determinadas condiciones, no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa de derecho."

Con todo, ello no significa que la amplia potestad configurativa del legislador para fijar la edad y el tiempo de servicios necesarios para acceder a la pensión pueda ejercerse de manera arbitraria, y terminar desconociendo *de facto* el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social. En particular, estas dos condiciones de edad y tiempo de servicios tienen que ser acordes con la realidad social concreta del país, y deben tener en cuenta factores esenciales como lo son, entre otros, la expectativa de vida histórica y actual de los colombianos, y los índices de mortalidad, y otros aspectos demográficos y financieros, de tal modo que se les permita a las personas gozar efectivamente del derecho a la pensión. La Corte en Sentencia C-584/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo: "En principio, corresponde al legislador la definición de los requisitos necesarios para que una persona acceda a los derechos que integran la seguridad social. Sin embargo, una limitación

desproporcionada, afectaría la norma constitucional que establece este derecho. Como quedó visto, en el presente caso, la nueva condición restrictiva tiene una finalidad legítima y es útil y necesaria para alcanzarla." (resaltado y subrayado fuera de texto). Sin embargo, como ya lo sostuvo esta Corporación Sentencia C-126/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara) Acápite No. 4.2. esta situación no se presenta en relación con la edad requerida por la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, desde este punto de vista, el cargo tampoco puede prosperar.

De esta manera, y teniendo en cuenta 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, no es posible argumentar que se trata de un derecho adquirido, sino de una circunstancia en la cual las personas no cumplieron los requisitos definidos por el legislador para acceder al régimen de transición. Por lo tanto, el cargo de violación de los artículos 25, 48 y 53 constitucionales no puede prosperar.

3.3. La protección de las expectativas legítimas de los trabajadores y la interpretación más favorable

Como se dijo anteriormente, los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1º), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados.

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al

trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: "En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad." Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994) Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia "al momento de entrar en vigencia del sistema", no la Ley. terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es

lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.

3.4 Imposibilidad de realizar un análisis constitucional de igualdad

Para el actor los incisos demandados crean una discriminación frente a las personas que, a pesar de ser titulares del derecho al régimen de transición, lo pierden por trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sin embargo, el demandante no establece que las condiciones del régimen anterior que concretamente estaban siendo otorgadas y que le fueron removidas con el cambio del sistema de prima media con prestación definida al de ahorro individual sean más beneficiosas. En esa medida, la Corte no puede establecer si se configura una vulneración del derecho a la igualdad, pues ni siquiera es posible determinar que efectivamente la condición anterior hubiera sido más benéfica.

En efecto, para que el cargo formulado por el demandante sea analizado por esta Corporación es necesario que se puedan verificar tres cuestiones fundamentales: En primer lugar, que la prestación o prestaciones son separables; en segundo lugar, que la disposición atacada consagra efectivamente una exclusión de un beneficio; en tercer lugar, que la

exclusión compensada no se ve contrarrestada por un beneficio otorgado en relación con otras prestaciones, pues la aplicación de los regímenes de seguridad social es, en principio, integral. Al respecto la Corte ha dicho:

"8- En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Ver, entre otras, las sentencias C-598 de 1997, C-080 de 1999 y C-890 de 1999. ." Sentencia C-956/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Con todo, la misma Sentencia indica que la complejidad de los regímenes de seguridad social no implica que la Corte no pueda abordar el estudio de igualdad entre prestaciones específicas de diversos regímenes de seguridad social, siempre y cuando se pueda identificar, entre otras, que unos de los dos regímenes consagra un beneficio que no se contempla en otro régimen. La Corte ha establecido los siguientes requisitos para poder estudiar el cargo por violación del derecho o del principio de igualdad entre prestaciones específicas dentro de dos regímenes de seguridad social, en aquel caso en relación con un régimen especial menos favorable: "Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente." Sentencia C-080/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Estos requisitos para que el cargo de igualdad entre dos regímenes pensionales sea apto han sido reiterados, entre otras, en las Sentencias C-890/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-956/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

Sin embargo, cuando no resulta clara la existencia de un beneficio, la Corte carece de los elementos de comparación necesarios para llevar a cabo el juicio planteado. Particularmente, si se tiene en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 coexistían en el sistema una diversidad de regímenes que contenían diversas regulaciones sobre la edad y tiempo de servicios requeridos y sobre el monto de la pensión.

Cualquier análisis de igualdad en torno a un beneficio supone una comparación entre dos situaciones identificables, para saber si efectivamente son desiguales. Precisamente en este sentido es que la Corte ha sostenido que la igualdad es un concepto relacional, el cual, para poder ser materia de estudio, requiere como condición previa la determinación de los extremos –prestaciones concretas- que se pretenden comparar. Sólo sabiendo de antemano cuáles son estos extremos, es decir, cuáles eran las circunstancias anteriores –en este caso presuntamente más beneficiosas- podría esta Corporación establecer si la renuncia a los beneficios contemplado en el régimen específico anterior resulta contraria a la igualdad.

En este mismo sentido, la Corte ya se había pronunciado en torno a la imposibilidad de comparar los beneficios de los anteriores regímenes de pensiones y aquellos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Este tipo de análisis resulta imposible en la medida en que pretende la comparación de una norma general, impersonal y abstracta, frente a un conjunto indeterminado de regímenes pensionales particulares. En la Sentencia C-168/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte dijo:

"Antes de terminar, considera la Corte conveniente aclarar al demandante, que la doctrina que cita para fundamentar la protección de la "condición más beneficiosa", contenida en la sentencia C-013/93, difiere del caso aquí examinado, puesto que en esa ocasión se trataba de determinar en una situación concreta, esto es, respecto a los trabajadores oficiales de Colpuertos, si la ley podía modificar la conquista lograda por ellos en virtud de una convención colectiva, fuente creadora de normas jurídicas obligatorias para las partes, llegando a la conclusión de que los beneficios, prerrogativas, y garantías adquiridas por este último medio no pueden vulnerarse, pues la Constitución prohíbe menoscabar tales derechos.

"Obsérvese que allí se confrontó directamente lo consignado en la convención colectiva y el decreto 035 de 1991, materia de impugnación, para adoptar la decisión correspondiente. En cambio, en el presente evento se acusan normas generales, impersonales y abstractas que cobijan a todos los habitantes del país, por tanto, como se dejó consignado en párrafos anteriores, no es posible determinar *in genere* si la nueva legislación contiene disposiciones más benéficas para los trabajadores, frente a los regímenes antes vigentes y, mucho menos cuando se trata de meras expectativas.

"Obsérvese que allí se confrontó directamente lo consignado en la convención colectiva y el decreto 035 de 1991, materia de impugnación, para adoptar la decisión correspondiente. En cambio, en el presente evento se acusan normas generales, impersonales y abstractas que cobijan a todos los habitantes del país, por tanto, como se dejó consignado en párrafos anteriores, no es posible determinar *in genere* si la nueva legislación contiene disposiciones más benéficas para los trabajadores, frente a los regímenes antes vigentes y, mucho menos cuando se trata de meras expectativas."

En virtud de lo anterior, la Corte considera que al no plantear los dos extremos objeto de la comparación, el demandante no formuló verdaderamente un cargo por violación del derecho a la igualdad. En esa medida se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre este punto.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4° y 5°, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

ANEXO B. Sentencia C-089/97

PENSION MINIMA DE VEJEZ O JUBILACION - Monto mensual

Hoy no es posible el reconocimiento de una pensión de vejez que esté por debajo del valor señalado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993. Sería inexecutable el párrafo acusado, si la exclusión a la que él hace referencia estuviera encaminada a que ciertos pensionados no tuvieran derecho a que su pensión fuera por lo menos igual al salario mínimo. Esta interpretación de la norma acusada, violaría el derecho del trabajador a que la ley no desconozca sus derechos mínimos, toda vez que este monto de la pensión de vejez o jubilación, es una garantía irrenunciable en favor del pensionado, que no puede ser desconocida en ningún régimen pensional. En consecuencia, el monto mínimo de la pensión, es también aplicable a los servidores a que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, quienes, a pesar de hallarse excluidos del régimen general que consagra la ley integral de seguridad social, tienen derecho a que no se desconozcan las garantías y beneficios mínimos que ella ha determinado.

PENSION DE JUBILACION EN REGIMENES ESPECIALES-Límite máximo/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos futuros

Ha de entenderse que el límite que establece la ley 100 de 1993, será el límite máximo al que podrán aspirar los pensionados que se benefician con la prerrogativa que señala el párrafo del artículo 35, es decir, los veinte salarios mínimos, salvo si el régimen pensional al que están sometidos establece un límite mayor a éste. Los pensionados de los regímenes especiales cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses. Esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro. Es decir, aquellos pensionados que resulten beneficiados, en abstracto, con la declaración de inexecutable, podrán solicitar que se les aplique el beneficio que establece el párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, a partir de la notificación de esta sentencia, y el derecho al reajuste sólo se causará desde el día en que se presente la solicitud correspondiente.

Referencia: Expediente D-1403.

Demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo (parcial) del artículo 35 de la ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

Demandante: Luis Carlos SÁCHICA Aponte.

Magistrado ponente:
Dr. JORGE ARANGO MEJÍA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, según consta en acta número ocho (8) de la Sala Plena, a los veintiséis (26) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Luis Carlos Sáchica Aponte, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad, en contra de un aparte del parágrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

Por auto del treinta (30) de julio de 1996, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, y ordenó la fijación en lista, para asegurar la intervención ciudadana. Así mismo, dispuso comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente del Congreso de la República. Igualmente, dio traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera su concepto.

Cumplidos los trámites exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto del señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. Norma demandada.

El siguiente es el texto de la norma acusada, según consta en copia del diario oficial No. 41.903, del viernes 23 de junio de 1993, con la advertencia de que se subraya lo acusado:

" ARTICULO 35: Pensión mínima de vejez o jubilación.

" El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal vigente.

" PARÁGRAFO. Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 4a. de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley."

B. La demanda.

El aparte acusado del parágrafo del artículo 35, es violatorio del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, pues no existe razón objetiva y razonable

para excluir de los beneficios mínimos que las leyes sobre pensiones establecen, a un grupo de pensionados.

A continuación, se transcriben apartes de la demanda donde el actor sustenta su cargo:

"...con esta acción se pretende, siguiendo las directrices de la jurisprudencia de esa Honorable Corte, conseguir la eliminación de topes máximos pensionales injustificados o discriminatorios derivados de regímenes especiales, que se limitan caprichosamente los efectos jurídicos iguales que deben derivarse para todo pensionado, en razón de su igualdad ante la ley por tal situación o derecho, independientemente de cualquier otra consideración, pues no es aceptable que las prestaciones sociales sean complementarias entre sí ni menos que los regímenes pensionales -el común y los especiales- sean comparables para negar en uno u otros éste o aquel beneficio que debe ser general...

"La ampliación de los topes legales para la liquidación de pensiones de jubilación es indudablemente un beneficio, en el sentido que tiene esta expresión dentro del contexto de la ley 100 de 1993, puesto que implica un tratamiento más beneficioso en favor de ciertos pensionados. Por tal razón, el régimen de beneficios derivados de dicha prestación debe ser uniforme, o sea común a todos los pensionados, pues, en caso contrario, se estaría violando el artículo 13 de la Constitución que garantiza el derecho de igualdad ante la ley....

"...

"...en razón de que no existe un motivo que pueda justificar el mantenimiento diferencial entre los pensionados y, por tanto, el tope legal debe ser el mismo para todos entendiendo que es algo como la regla para establecer la pensión...

"...

"Reconocida la necesaria igualdad del régimen pensional en el aspecto de los topes, parecería así mismo necesario que la Honorable Corte considerara, como se lo planteo, con todo respeto, graduar los efectos de su decisión, en el sentido de hacerlos retroactivos a la fecha de expedición de la ley 4a. de 1992, a fin de hacer efectiva la igualdad desde el momento en que se produjo el trato discrecional que debe corregirse con la declaratoria de inexequibilidad...."

C. Intervención ciudadana.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma parcialmente acusada, no se presentó intervención alguna, según informe secretarial del diez y seis (16) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

El trece (13) de septiembre de 1996, el Procurador General de la Nación (E), doctor José León Jaramillo Jaramillo, rindió el concepto de rigor, en el que pide declarar EXEQUIBLE el aparte acusado del párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993.

A pesar de que el Ministerio Público solicita la declaración de exequibilidad del aparte acusado del párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, su concepto está, principalmente, encaminado a solicitar la inhibición de la Corte, porque considera que el actor no demostró en qué consistía la supuesta violación del derecho a la igualdad. Al respecto afirma:

"Es claro que en el caso que ocupa nuestra atención no es posible efectuar la evaluación de igualdad que propone el accionante en torno al segmento impugnado, como quiera que la acción carece de un "tertium comparationi" que permita analizar el tratamiento diferencial respecto de cada uno de los regímenes pensionales especiales. En otras palabras, el Despacho cree que no es factible emitir un pronunciamiento de constitucionalidad, en función del principio de la igualdad, por cuanto el actor no ha indicado en su demanda cuál o cuáles son los regímenes especiales que se ven perjudicados con la exclusión ordenada en el fragmento impugnado".

Sin embargo, concluye afirmando que la excepción contemplada en el párrafo acusado, es razonable, por la naturaleza de las instituciones y personas excluidas de la aplicación de la ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Procede la Corte Constitucional a dictar la sentencia que corresponde a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera. - Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse demandado una norma que hace parte de una ley (numeral 4 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Según el actor, el párrafo del artículo 35 de la ley 100, en el aparte acusado, desconoce el principio a la igualdad, toda vez que los límites máximos de las pensiones para los distintos pensionados, según se trate de un régimen especial o no, deben ser iguales o, si es del caso, existir una razón objetiva para la distinción. Razonabilidad que se echa de menos en el párrafo acusado.

Para resolver el cargo de la demanda, se hace necesario determinar cuáles son los límites a que hace referencia la norma parcialmente acusada.

Tercera.- Evolución legislativa de los montos o límites mínimos y máximos de las pensiones de vejez y jubilación.

El artículo 2o. de la ley 4a. de 1976, establecía que el valor de la pensión no podría ser inferior al salario mínimo mensual más alto ni superior a veintidós (22) veces ese mismo salario. Esta ley fue modificada por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, según el cual "Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.

"Parágrafo. El límite máximo de las pensiones, sólo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de la presente ley."

Por su parte, el decreto 1160 de 1989, reglamentario de la ley 71 de 1988, para efectos de la denominada pensión de jubilación por aportes, fijó como monto máximo quince (15) salarios mínimos legales.

Cuarta.- Régimen de la ley 100 de 1993.

Con la expedición de la ley 100 de 1993, se crearon dos regímenes pensionales, a saber: el de ahorro individual, o fondos privados de pensiones, y el de prima media con prestación definida, sistema que venía manejando el Instituto de Seguridad Social, pero al que se le introdujeron algunas modificaciones.

El primero, consiste en la administración de recursos públicos y privados destinados al pago de pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, en el que los beneficios y la cuantía de las pensiones dependen de los aportes individuales. Por tanto, el monto de la pensión de vejez, que es el caso que nos ocupa, dependerá, en este sistema, del aporte efectuado, de las tasas de interés y del capital acumulado. Sin embargo, el artículo 64 de la ley 100, exige que el ahorro individual y los otros factores económicos mencionados, deben dar lugar a que se obtenga una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley (diciembre 23 de 1993), reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor.

En síntesis, no existe un límite máximo en el régimen de ahorro individual.

El segundo régimen, es decir, el de prima media con prestación definida, permite a los afiliados o sus beneficiarios, obtener pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, cuando se cumplen los requisitos establecidos por la ley.

En este régimen, los artículos 34 y 35 de la ley 100 establecen los valores máximos y mínimos para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, así:

Artículo 34, inciso final:

"El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente."

En el párrafo 3o. del artículo 18 de la ley 100, se autorizó al Gobierno Nacional para limitar el monto de la pensión, en el régimen solidario de prima media con prestación definida, a veinte (20) salarios mínimos.

El decreto 314 de 1994, en desarrollo del mencionado párrafo, establece que las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales no podrán exceder los veinte (20) salarios mínimos legales.

El artículo 35, por su parte, preceptúa que estas pensiones no pueden ser inferiores al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

De esta manera, tenemos que los límites máximos de las pensiones de vejez y jubilación, son los siguientes:

1) Las pensiones causadas y reconocidas antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, tenían como límite máximo el 75% de la base de liquidación, sin que la pensión mensual sobrepasara los quince (15) salarios mínimos, salvo lo estipulado en laudos arbitrales, pactos colectivos y convenciones colectivas, casos en los que estos montos podrían ser distintos.

2) Las pensiones causadas y reconocidas en vigencia de la ley 100 tienen como límite superior el 85% del ingreso base de liquidación, sin que el monto de la pensión mensual exceda de veinte (20) salarios mínimos legales.

3) Por su parte, la ley 4a. de 1992, ley marco que fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, establece, en relación con los congresistas, que el monto de la pensión no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, devenguen. Esta ley no fijó un máximo para las pensiones de los Congresistas.

Dentro de este contexto, se hará el análisis del precepto demandado.

Quinta.- Análisis de la norma parcialmente acusada.

El párrafo del artículo 35, objeto de controversia, establece:

" Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 4a. de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley." (la parte subrayada es la acusada)

¿Cuáles son los regímenes e instituciones en que no se aplica este párrafo?.

El artículo 279 de la ley 100 de 1993, establece que el régimen de seguridad social que se crea por medio de esa ley, no se aplicará a:

- Las Fuerzas Militares;
- La Policía Nacional;
- El personal regido por el decreto 1214 de 1990, es decir, el personal civil del Ministerio de Defensa, de la Policía Nacional, del Ministerio Público, y de la justicia penal militar Sin embargo, las personas que se vinculen a estas entidades con posterioridad a la vigencia de la ley 100, quedarán sometidas a ella;
- Los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas;
- Los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;
- Los empleados que a la entrada en vigencia de la ley 100, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de pensiones;
- Los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a sus pensionados.

Así mismo, y a pesar de que este artículo no haga mención de ellos, existen algunos servidores públicos que se hallan excluidos de su aplicación. Por ejemplo, el artículo 273 de la ley 100 facultó al Gobierno Nacional para incluir a los servidores públicos de todo orden, en el sistema general de pensiones y salud que por ella se creó. El Gobierno, para el efecto, expidió el decreto 691 de 1994, que mantiene un régimen especial para algunos servidores públicos.

La Corte ha tenido la oportunidad de analizar por qué el legislador decidió exceptuar cierta clase de trabajadores del régimen integral de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993. Esos trabajadores, a la entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social, gozaban de un régimen especial del que se derivaban unos derechos que, comparados con los de la nueva, eran más favorables, derechos que no podían ser desconocidos.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que la existencia de esos regímenes especiales, se justifica en cuanto ellos, en relación con el derecho prestacional, establezcan un nivel de protección igual o superior al consagrado en el régimen general (Corte Constitucional, sentencia C-461 de 1995, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Dentro de este contexto, es necesario analizar si el legislador desconoció el derecho a la igualdad de los pensionados de los regímenes e instituciones especiales de que trata el artículo 279 de la ley 100 de 1993, al determinar que ellos, a diferencia de los pensionados del régimen general, y en relación con el monto de sus pensiones, seguirían obligados por los límites máximos, y beneficiados por los mínimos, establecidos en la ley 71 de 1988. Veamos:

1o. En los antecedentes de la ley 100 de 1993, no se encuentra ninguna referencia específica a los motivos que llevaron al legislador a incluir este párrafo. Al respecto, sólo existe lo siguiente:

En el texto del proyecto aprobado en primer debate por las Comisiones Séptimas Constitucionales permanentes, se aprobó un párrafo en el artículo referente a la pensión mínima de vejez, según el cual " El artículo 2o. de la ley 71 de 1988 quedará así: Ninguna pensión mínima de vejez o jubilación será inferior a un salario mínimo legal vigente" (Gaceta del Congreso del viernes 30 de julio de 1993). En el proyecto presentado por la subcomisión de ponentes, no aparece referencia alguna al párrafo en estudio (Gaceta del Congreso del jueves 2 de septiembre de 1993). En el proyecto aprobado en segundo debate por el Senado de la República, en el artículo 38, se incluyó el texto del párrafo que había sido adoptado por las comisiones permanentes, ya transcrito (Gaceta del Congreso, martes 16 de noviembre de 1993).

Es decir, sólo se repetía que el monto de la pensión no podía ser inferior al salario mínimo, tal como estaba consagrado desde 1976. La reforma, por tanto, se limitaba a la inclusión del término "vigente".

Sin embargo, la redacción del párrafo del artículo 35 varió en las discusiones subsiguientes, sin que sea fácil establecer cómo se llegó a su redacción final.

2o.- El párrafo, tal como está redactado, podría hacer referencia a dos límites: el primero, relacionado con el límite mínimo de la pensión, y el segundo, con el máximo.

Esta interpretación del párrafo acusado, merece el siguiente análisis:

3o. Como se ha explicado, la ley 71 de 1988, como la ley 100 de 1993, establecía que las pensiones no podían ser inferiores al salario mínimo legal.

Lo preceptuado constituye una garantía para los pensionados, tanto del sector público como del privado, pues fija el parámetro mínimo al que deben sujetarse las distintas entidades, al momento de liquidar y reconocer la pensión de vejez. Se habla de entidades, y no se hace referencia sólo al I.S.S., porque antes de la vigencia de la ley 100 existían cajas, fondos y organismos, como Cajanal, que tenían a su cargo el régimen prestacional de ciertos trabajadores del sector público y privado. Entidades que hoy quedaron facultadas para

continuar con esa administración, pero con sujeción al régimen de prima media con prestación definida.

Este mínimo fijado por la ley 100 de 1993, y leyes anteriores, tiene como antecedente la ley 4a. de 1976 que, por primera vez, estableció que las pensiones fueran, por los menos, iguales al salario mínimo más alto, y tuvieran un incremento igual al que el Gobierno determinara para éste, con el fin de que los pensionados pudieran mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales.

En consecuencia, hoy no es posible el reconocimiento de una pensión de vejez que esté por debajo del valor señalado en el artículo 35.

Por consiguiente, sería inexecutable el párrafo acusado, si la exclusión a la que él hace referencia estuviera encaminada a que ciertos pensionados no tuvieran derecho a que su pensión fuera por lo menos igual al salario mínimo. Esta interpretación de la norma acusada, violaría el derecho del trabajador a que la ley no desconozca sus derechos mínimos (artículo 53 de la Constitución), toda vez que este monto de la pensión de vejez o jubilación, es una garantía irrenunciable en favor del pensionado, que no puede ser desconocida en ningún régimen pensional.

En consecuencia, el monto mínimo de la pensión, es también aplicable a los servidores a que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, quienes, a pesar de hallarse excluidos del régimen general que consagra la ley integral de seguridad social, tienen derecho a que no se desconozcan las garantías y beneficios mínimos que ella ha determinado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación.

Por tanto, el aparte acusado del párrafo no puede interpretarse en relación con el límite mínimo de la pensión, para excluir a algunos pensionados de tal beneficio.

4o.- La referencia al límite de que trata el párrafo del artículo 35, sólo puede ser entendida en relación con el máximo de las pensiones.

Si el párrafo se interpreta en relación con el máximo, tenemos que las pensiones reconocidas con posterioridad a la ley 4a. de 1992, y antes de la vigencia de la ley 100, no están sujetas al límite de los quince (15) salarios mínimos, y, en principio, no lo estarían a ninguno, pues el párrafo no es claro al respecto. Sin embargo, como se explicará más adelante, debe aplicarse el límite que establece la ley 100 de 1993, es decir, veinte (20) salarios mínimos.

Por tanto, el párrafo parcialmente acusado creó un beneficio en favor de los pensionados cuyas pensiones fueron ajustadas al máximo establecido por la ley. Esto es, a quienes se les reconoció la pensión después del 18 de mayo de 1992 (fecha en que fue promulgada la ley 4a. de 1992), y que, a pesar de tener un salario base superior, solamente tendrían derecho a

una pensión equivalente al monto de los quince (15) salarios mínimos vigentes, por la aplicación del artículo 2o. de la ley 71 de 1988.

5o. El legislador podía establecer válidamente que los pensionados a quienes se les reconociera la pensión en determinada época, no quedarían sujetos al límite de los quince (15) salarios mínimos que establecía el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, variando en su favor una situación ya consolidada. No existe ninguna razón de orden constitucional que le impida al legislador variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución).

En el caso en estudio, la pensión ya reconocida es un derecho del pensionado, y toda norma posterior que se dicte no puede modificar esa situación, salvo si la nueva ley implica un beneficio para él, tal como acontece con el precepto que se analiza, pues mejora la situación económica de ciertos pensionados.

6o.- Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte, ha de entenderse que si la nueva ley de seguridad social establece beneficios para los pensionados, de los que no gozan aquellos que se rigen por un sistema pensional excluido de su aplicación, por expresa disposición de la ley 100 de 1993 (artículo 279), dichos beneficios y prerrogativas deben también cobijar a quienes pertenezcan a esos regímenes especiales. Así lo expuso esta Corporación:

"... 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. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta." (subrayas fuera de texto). (Sentencia C-461 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por esto, como el régimen de los pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), ofrecía mayores prerrogativas que las consagradas en la ley 100 de 1993, la Corte declaró exequible la exclusión de tales pensionados del ámbito de su aplicación (Sentencia C-173 de 1996. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz).

Por tanto, al no existir motivo fundado para establecer la distinción que hace el precepto acusado, entre los pensionados a quienes se les reconoció su pensión con posterioridad a la vigencia de la ley 4a. de 1992, y aquellos que pertenecen a un régimen especial, la salvedad que hace el párrafo acusado es contraria a la Constitución.

Es decir, el párrafo acusado no puede excluir del beneficio que por él se crea, a los pensionados de los regímenes especiales, en la forma genérica como lo hizo, pues con ello se desconoce el derecho a la igualdad de quienes, a pesar de hallarse en un régimen especial, están sujetos al límite que establece la ley 71 de 1988.

Sin embargo, ha de entenderse que el límite que establece la ley 100 de 1993, será el límite máximo al que podrán aspirar los pensionados que se benefician con la prerrogativa que señala el párrafo del artículo 35, es decir, los veinte (20) salarios mínimos, salvo si el régimen pensional al que están sometidos establece un límite mayor a éste.

Una interpretación diferente, conduciría a la existencia de un grupo de pensionados privilegiados, excluidos de los límites máximos que la ley ha previsto para el reconocimiento y valor de las pensiones.

Es síntesis, los pensionados de los regímenes especiales cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses.

Así las cosas, para evitar interpretaciones que desconozcan los derechos de los pensionados de los regímenes especiales, a los que se refiere el aparte acusado, la Corte declarará su inexecutableidad.

Sexta.- Efectos de la presente decisión.

La Corte, en uso de la facultad de establecer los efectos de sus sentencias (Sentencia C-113 de 1993), expresamente establece que esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro. Es decir, aquellos pensionados que resulten beneficiados, en abstracto, con la declaración de inexecutableidad, podrán solicitar que se les aplique el beneficio que establece el párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, a partir de la notificación de esta sentencia, y el derecho al reajuste sólo se causará desde el día en que se presente la solicitud correspondiente.

III.- DECISIÓN.

En conclusión, se declarará la inexecutableidad de la expresión "salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley".

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declárase INEXEQUIBLE la expresión "salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley", contenida en el párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993.

Segundo. Esta sentencia tendrá efectos hacia el futuro. Es decir, aquellos pensionados que resulten beneficiados, en abstracto, con la declaración de inexequibilidad, podrán solicitar que se les aplique el beneficio que establece el párrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, a partir de la notificación de esta sentencia, y el derecho al reajuste sólo se causará desde el día en que se presente la solicitud correspondiente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ANEXO C. Sentencia C-623/04

Referencia : expediente D-4933.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3° (parcial) de la Ley 797 de 2003, *por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.*

Demandante: Oscar Giraldo Jiménez.

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Oscar Giraldo Jiménez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable parcial de los artículos 2° y 3° de la Ley 797 de 2003, *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.*

Mediante Auto del 7 de noviembre de 2003, el suscrito magistrado sustanciador en el asunto de la referencia admitió la demanda, respecto a las expresiones acusadas del artículo 3° de la Ley 797 de 2003 y, adicionalmente, la inadmitió respecto a los preceptos legales demandados del artículo 2° de la misma Ley, concediéndole al accionante un plazo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del citado Auto, con el fin de proceder a su corrección en los términos allí previstos. Sin embargo, dicho término venció en silencio y, por lo tanto, mediante Auto del 24 de noviembre de 2003, se resolvió rechazar la demanda de la referencia, respecto a los preceptos legales demandados del artículo 2° de Ley 797 de 2003.

Así mismo, en el citado proveído de fecha 7 de noviembre de 2003, se ordenó realizar las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se dispuso fijar en lista el

negocio en la Secretaría General de la Corte para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 45.079 de enero 29 de 2003. Se subrayan y resaltan los apartes demandados.

LEY 797 DE 2003

(Enero 29)

Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 3°. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.

Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en.

cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales durante el mismo lapso.

III. LA DEMANDA.

3.1. Normas constitucionales presuntamente infringidas.

El actor considera que las disposiciones acusadas vulneran lo dispuesto en los artículos 1º, 4º y 13 de la Constitución Política.

3.2. Fundamentos de la demanda.

En opinión del demandante, el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, consagra factores discriminatorios que rompen con la igualdad ordenada por la Carta Política. Así mismo, expresa que el cambio normativo es injusto, arbitrario e irracional y que, por lo mismo, no consulta la voluntad del pueblo, ni tampoco de la clase trabajadora. En este sentido, el accionante sostiene que:

(...) La Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre la manifestación de voluntad libre y espontánea de cada uno de los trabajadores de vincularse en forma indiscriminada a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes sin tener en cuenta como única razón la necesidad del Estado de sostener vía afiliaciones forzosas a los servidores del Estado que ingresan a laborar, ello, no puede desde ningún punto de vista entenderse como una razón suficiente para obligar a las personas a afiliarse a un determinado fondo o hacer parte de un determinado régimen pensional.

Bajo este contexto, el demandante considera que las disposiciones acusadas desconocen tanto la libertad de elección de los trabajadores públicos, como el derecho a la igualdad entre dichos servidores y los trabajadores particulares.

En relación con la libertad de elección, sostiene que al crear el ordenamiento jurídico distintos regímenes pensionales, bajo diversas reglas y en un ambiente libre y propicio para la competencia, no resulta constitucionalmente válido coartar la autonomía de los empleados públicos de elegir aquél régimen que le represente mejores opciones, a partir del análisis particular de las condiciones, expectativas y beneficios que se esperan lograr en cada caso. En sus propias palabras, se afirma que:

Como se observa, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar las diferencias profundas existentes entre los dos regímenes, así como en demostrar y defender la

necesidad de dar libertad a los empleados para que sean ellos quienes elijan el régimen que mejores opciones les reporten en forma individual y dada las condiciones particulares de cada caso concreto, pues mal haría imponiendo como hoy se hace a través de la reforma al artículo 15 de la Ley 100 de 1993, una única opción para las personas que se incorporan al servicio del sector público, a quienes se les cercena de forma absoluta y sin razón de peso suficiente el derecho a elegir libre y voluntariamente el régimen. (Subrayado por fuera del texto original).

Conforme a esta argumentación, el accionante invoca la existencia de un trato discriminatorio entre los empleados públicos y los del sector privado, pues considera que el tratamiento disímil entre ellos debe basarse en otras causales distintas al hecho de que la persona haga parte de un sector u otro. Precisamente, en la argumentación realizada en el texto de la demanda, se manifiesta que:

(...) Defender la posibilidad de elegir libremente el régimen para todos los servidores o trabajadores, independientemente de a cuál sector se vinculan por vez primera es cuestión de trato igual, de defender la igualdad de derechos entre los empleados del sector público y los empleados del sector privado. El trato diferente o discriminatorio no puede obedecer, ni plantear como razón la simple vinculación al sector oficial o público, deben existir causales diferentes y razonables que justifiquen la discriminación, entre tanto deberá entenderse que procurar un trato justo no es incurrir, para este caso en particular en el denominado igualitarismo, es simple y llanamente, acudir a los principios elementales de igualdad, no puede pensarse que el sistema de prima media con prestación definida se vaya a sostener con la afiliación obligada de los servidores públicos a quienes sin elementos de juicio y sin razones justas se les proporcione un trato desigual y discriminatorio poniéndoles en situación desventajosa (...).

IV. INTERVENCIONES.

4.1. Intervención de la Universidad del Rosario.

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, intervino dentro del proceso de la referencia, con el objeto de solicitar a esta Corporación declarar *inexequible* el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, con fundamento en los siguientes argumentos:

A juicio del interviniente, la libre elección como derecho de los servidores públicos de vincularse a cualquiera de los regímenes pensionales previstos en la ley, es una expresión concreta del Estado Social de Derecho, cuyo propósito es otorgar las herramientas necesarias para lograr que cada persona adquiera un estado de garantía en relación con el riesgo latente de la vejez. Por ello, el legislador puede establecer la obligatoriedad de afiliación al sistema general de pensiones, pero no la obligatoriedad en la escogencia de alguno de los dos regímenes. En este contexto, la norma resulta discriminatoria en relación

con los servidores públicos, teniendo en cuenta que a los demás trabajadores, sí les permite optar por el régimen que más les convenga.

Con fundamento en lo anterior, concluye que: (...) independientemente del régimen que en la práctica resulte más benéfico para el trabajador, la ley es discriminatoria porque bien podría haber optado por el otro régimen como obligatorio para los servidores públicos en cargos de carrera administrativa y, de la misma forma, habría sido discriminatoria. Es decir, que no interesa por cuál de los regímenes optó el legislador, pues en cualquier caso, al hacer obligatorio un régimen, está discriminando a un sector de la población laboral.

4.2. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia.

El señor Ernesto Pinilla Campos, actuando en representación del Decano de la Universidad Nacional de Colombia, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la declaratoria de *inexequibilidad* del artículo 3° de la Ley 797 de 2003, argumentado que:

En su opinión, no se visualiza que exista una justificación objetiva y razonable para restringir a un grupo específico de servidores públicos de las mismas posibilidades legales de las cuales gozan todos los otros trabajadores, ya que la ley obliga únicamente a quienes estén en carrera administrativa a permanecer durante tres (3) años en el régimen de prima media con prestación definida a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, al igual que sucede con quienes ingresen por primera vez a la administración en cargos de dicha naturaleza.

A su juicio, (...) resulta palpable que, en el caso en estudio, se restringe, limita o acorta el ejercicio de un derecho a unas personas, de manera arbitraria e injustificada, por el sólo hecho de tener una cierta calidad como servidores públicos, violándose así la disposición 13 de la Carta Política en relación con el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de 'igualdad de oportunidades para todos los trabajadores', ya que la gran mayoría de ellos tendría derecho a optar por algunas de las diferentes opciones y prerrogativas que más les convenga de acuerdo con la Ley 100 de 1993, mientras que para otros desaparecía el derecho a escoger libremente la opción, que para sus particulares circunstancias, pudiere resultarles más beneficiosa.

Finalmente, el interviniente afirma que la norma acusada desconoce el principio de solidaridad. En su parecer, dicha solidaridad como mandato constitucional resulta manifiestamente contrario al beneficio de muchos con cargo a unos pocos. Esto sucede, en el presente caso, al imponer a un escaso número de trabajadores del Estado el deber de corregir los efectos fiscales negativos del Seguro Social, mientras el resto puede continuar optando libremente por el sistema pensional que -según sus propias circunstancias- más les convenga. Desde esta perspectiva, la eficacia del principio de solidaridad se sujeta al ejercicio razonable de la discrecionalidad legislativa, lo cual impone la exigencia de

someter a todos los servidores públicos del Estado a contribuir para salvaguardar la estabilidad financiera del Seguro Social y no crear para unos pocos esa responsabilidad.

4.3. Intervención del Ministerio de Protección Social.

El señor Jorge Ernesto Angarita Rodríguez, en calidad de representante de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social, solicita se declare *exequible* la norma demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifiesta que el sistema de seguridad social es de amplia creación legal, motivo por el cual corresponde al legislador determinar cuáles son las condiciones y reglas que deben regir dicho sistema, estando tan sólo limitado por los preceptos constitucionales, los derechos fundamentales y los derechos adquiridos. De suerte que, como el régimen de traslado constituye por su propia esencia una mera expectativa, éste puede ser plenamente modificado en cualquier momento.

En cuanto a la seguridad social como derecho constitucional, el interviniente sostiene que esta Corporación le ha reconocido reiteradamente un carácter prestacional y que, en dicha medida, sólo excepcionalmente se le ha otorgado un alcance fundamental en atención a su conexidad con alguno de los derechos que detentan esa naturaleza. En estos términos, la disposición acusada al establecer una regla de inamovilidad y, a su vez, al prever la afiliación obligatoria al régimen de prima media con prestación definida, no tiene la entidad suficiente para comprometer a la seguridad social como derecho fundamental por conexidad, primordialmente por cuanto su contenido restrictivo es estrictamente temporal.

En segundo lugar, sostiene que el sistema de seguridad social descansa en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y primacía del interés general, *principios que no podrán cumplirse si, como lo pretende el actor, se omite considerar la sostenibilidad financiera del mismo*. Desde esta perspectiva, la limitación temporal a los traslados entre regímenes y la permanencia obligatoria de algunos trabajadores en el régimen de prima media con prestación definida, permiten a partir del cálculo actuarial que le da viabilidad al sistema, lograr la financiación de algunas pensiones que en un corto plazo se convertirán en el derecho adquirido de ciertas personas. De tal modo, el interviniente finaliza señalando que: *[la disposición acusada] obedece a una necesidad técnica y actuarial, pues el cálculo actuarial que genera el monto de la tasa de cotización que le da viabilidad financiera al sistema, requiere el ajuste de las variables que lo componen, para obtener un mismo resultado cuando algunas de estas variables sufren una variación sustancial. Una de las opciones que existen para ajustar este cálculo, está dada por el aumento del período mínimo de permanencia o período de carencia, aspecto éste que, además, estimula la fidelidad al sistema, propósito necesario y que deriva de la exigencia constitucional de consagrar la seguridad social como un derecho y como una obligación para la generalidad de las personas.*

No sobra mencionar, en este punto, que es el sustento actuarial es el que permite que sea posible asumir los riesgos que se encuentran involucrados en el sistema y que, de no cumplirse los requisitos en la citada formulación o de no ajustarse ésta a las circunstancias económicas del país, dado que éstas son cambiantes, simplemente no podrían reconocerse las pensiones a ninguno de los afiliados, puesto que, frente a recursos limitados, es preciso distribuirlos de modo que cubran al mayor número posible de personas.

Así las cosas, el período de carencia, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliada a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y permitiendo una mayor utilidad financiera de las inversiones que, en este supuesto, pueden realizarse a largo plazo, aspecto éste que también forma parte del soporte actuarial ya comentado, pues éste presume una rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad o fondo común que financia las pensiones (...).

4.4. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La señora Sandra María del Castillo Abella, actuando en condición de apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la declaratoria de *exequibilidad* de la norma demandada por considerar inválidos los argumentos del actor.

El análisis del interviniente empieza por destacar la importancia del concepto *eficiencia* en el sistema pensional. El cual, en su criterio, se encuentra íntimamente ligado al concepto de sostenibilidad financiera, del que depende el pago oportuno de los derechos y beneficios pensionales.

Así las cosas, la Ley 797 de 2003 fue expedida con el objetivo de darle viabilidad financiera al sistema de pensiones en un largo plazo. Para ello, entre otras, era necesario adoptar la medida prevista en la norma demandada, con el propósito de disminuir los *subsídios implícitos* que otorga el fisco nacional al régimen de prima media y, por ende, lograr que las pensiones que se reconozcan a partir del año 2008, se capitalicen a sí mismas con el monto de sus aportes, períodos de carencia, de fidelidad, etc.

En apoyo de lo anterior, manifiesta que: (...) *La finalidad de la norma consiste entonces en mantener unos beneficios, por lo que las disposiciones tienden a que se mantenga la viabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida. Por ello, la norma acusada buscó un cierto grupo de afiliados estable que asegurara los recursos, por ésta razón se escogieron los funcionarios de carrera administrativa, que son los que tienen mayor estabilidad en el sector público (...)*

En relación con los cargos formulados por el demandante, el representante del Ministerio desarrolla una exposición completa sobre la adecuación de la norma demanda al test de igualdad. Así, en torno al cumplimiento del *objetivo*, señala que se persigue alimentar el fondo común del régimen de prima media, evitando el desgaste de los recursos públicos del Estado y de las reservas del I.S.S., permitiendo el autofinanciamiento de pensiones a partir del año 2008. La *validez* de dicho objetivo, se encuentra estrechamente vinculada al logro del principio de universalidad, en cuanto permite ampliar la cobertura de protección de los riesgos propios de la seguridad social en vejez. Por último, su *proporcionalidad* es indiscutible dada la ausencia de una medida menos onerosa para lograr el objetivo perseguido y, adicionalmente, reconociendo que los sujetos afectados por dicha medida, en razón de su estabilidad laboral resultan idóneos y eficaces para contribuir al sostenimiento de la viabilidad financiera del régimen de prima media, en aras de salvaguardar el principio de solidaridad pensional. Además, no resulta vulnerado el derecho a libertad de elección de los servidores públicos vinculados mediante carrera, en la medida en que se trata de una restricción eminentemente temporal, cuya eficacia fluye indirectamente en beneficio de toda la población.

4.5 .Intervención del Instituto de Seguros Sociales.

El señor Carlos Libardo Bernal Pulido, actuando en nombre y representación del Instituto de Seguros Sociales, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la declaratoria de *exequibilidad* de la norma demandada.

En primer lugar, reitera que le corresponde al Congreso de la República en ejercicio de su órbita de autonomía desarrollar los términos bajo los cuales debe prestarse el servicio de seguridad social. Sin que, en ninguna parte, el texto constitucional le imponga el seguimiento de un determinado modelo.

En segundo término, sostiene que no existe evidencia alguna que permita argumentar la existencia de un trato desigual. En su opinión, la incertidumbre en relación con las bondades y desventajas de ambos regímenes hacen inoperante la acusación del demandante. Por el contrario, manifiesta que permitir el desequilibrio financiero del Seguro Social y, por ende, del régimen de prima media con prestación definida, podría conducir a la privatización del servicio de la seguridad social junto con sus inminentes riesgos. Precisamente, manifiesta que: *la privatización total de la prestación del servicio de seguridad social en pensiones no es aconsejable y genera riesgos relacionados con el funcionamiento y solidez de las entidades que administran los recursos de las pensiones.*

Por último, en torno al cumplimiento de las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, el representante del Seguro Social sostiene que el legislador se encuentra habilitado para restringir la libre escogencia de los regímenes pensionales, en cuanto su pleno ejercicio pueda comprometer la eficiencia o la universalidad del sistema de seguridad social, o cuando el principio de solidaridad cobra mayor efectividad o cuando se trate de asegurar la

garantía constitucional del pago oportuno de las pensiones y sus reajuste. Dichos propósitos se cumplen con la disposición acusada, en la medida en que responde a un problema estructural que afecta la sostenibilidad financiera del Estado y de las reservas del I.S.S.

4.6. Intervención de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS DE COLOMBIA-.

El señor Rodrigo Galarza Naranjo, en su condición de representante judicial de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS DE COLOMBIA-, intervino dentro del proceso de la referencia, con el fin de *coadyuvar parcialmente* la demanda, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Explica inicialmente el interviniente el origen conceptual del régimen de prima media. A este respecto, señala que dicho sistema pensional descansa en el principio financiero de reparto simple - o, “*pay as you go*”-, en virtud del cual los trabajadores activos que cotizan al sistema sostienen a los empleados inactivos que producen pasivos pensionales en razón de la vejez, invalidez o muerte. Sin embargo, aclara que la ausencia de un verdadero estudio y cálculo actuarial, sumado a los bruscos cambios demográficos, produjo una insuficiencia financiera en el sistema que desde el año de 1993 (Ley 100) se intenta solventar y corregir.

En consecuencia, en su opinión, la finalidad de la Ley 797 de 2003, en su conjunto, “*es legítima y razonable, toda vez que se dirige inequívocamente a asegurar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, y particularmente, el régimen de prima media con prestación definida administrado, principalmente, por el Instituto de Seguros Sociales*”.

Sin embargo, obligar a un segmento de la fuerza laboral a afiliarse o a permanecer afiliado al ISS, resulta contrario al Texto Constitucional. En efecto, se discrimina al individuo por razón de la clase o calidad del empleo que desempeña (empleado público vinculado en un cargo de carrera administrativa) y, adicionalmente, dentro del mismo segmento de trabajadores, se otorga un trato desigual carente de justificación al permitir que quienes ingresen nuevamente (es decir, no por primera vez) puedan elegir libremente entre los dos regímenes pensionales previstos en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, el interviniente señala que carece de toda validez que se vulnere el derecho a la igualdad por medio de las mencionadas discriminaciones, por cuanto “*no tienen un carácter positivo o afirmativo, toda vez que no resulta legítimo en un régimen democrático imponer cargas que impidan materialmente a los individuos expresar y ejercer efectivamente sus más íntimas convicciones filosóficas en materia económica, más aun cuando los efectos del trato desigual se proyectan sobre el conjunto de la familia. (...) De la misma manera, se vulnera el principio de libertad, cuyo resultado es mas grosero e inexcusable, como quiera que cercenar el derecho a elegir el régimen pensional, constituye*

la implantación de un sistema totalitario para un segmento de trabajadores, imponiéndosele sobre sus convicciones filosóficas, económicas y ocupacionales, algo totalmente ilegítimo en una democracia liberal”.

Con el propósito de ejemplarizar la vulneración del principio de libertad y, por ende, de la filosofía misma del régimen democrático, afirma que: “(...) *la disposición censurada sería tanto como imponer a los servidores del Estado la obligación de manejar sus ahorros en un banco público porque el mismo es del Estado y éste requiere sostenerlo, o que para fortalecer una empresa de telecomunicaciones se les obligara a cursar todas sus llamadas a través de aquella, o que para apoyar la viabilidad de una empresa pública de transporte únicamente aquellos pudieran viajar por la empresa aérea del sector público. Eso, claramente, es ilegítimo, antidemocrático y ajeno al interés tanto general como individual”.*

Adicionalmente, sostiene que la norma jamás resulta proporcional, si se tiene en cuenta que la finalidad de la misma es transmutar un recurso parafiscal en un impuesto. Y, ello ocurre, toda vez que mediante la obligación de vincularse al ISS o permanecer vinculado al mismo, los sujetos concernidos por el sólo hecho de tener una determinada calidad, se les grava su salario con una tasa destinada al pago de las pensiones de las personas que estuvieron o están afiliadas al Instituto de Seguros Sociales.

Por último, el interviniente manifiesta que la jurisprudencia constitucional ha admitido eventualmente las afiliaciones obligatorias en materia laboral, como sucedió en el caso de la administración de las cesantías de algunos funcionarios públicos a través del Fondo Nacional del Ahorro, pero no sólo bajo la condición de procurar un beneficio para la comunidad en términos del principio de solidaridad, sino también en la medida en que el afiliado adquiriera por virtud de dicha restricción claros beneficios económicos (Sentencia C-625 de 1998). En este caso, manifiesta el interviniente, “*resulta por demás evidente que el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS luego de la reforma contenida en la Ley 797 de 2003 no resulta más ventajoso financieramente que el régimen de ahorro individual, pues, ésta última ley aumentó drásticamente el número de semanas y redujo en igual medida el monto de las pensiones de los afiliados al primero”.*

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El representante del Ministerio Público solicitó la declaratoria de inexecutable de la disposición acusada, o su executable condicionada, con base en las siguientes consideraciones:

En torno al cargo por violación del principio de igualdad, el agente del Ministerio Público solicita a esta Corporación declararse *inhibida*, pues es claro que no existe en la demanda un patrón de comparación que permita descubrir la existencia de un trato desigual por el sólo hecho de impedir a los funcionarios públicos reseñados en la disposición acusada,

trasladarse entre los dos regímenes pensionales creados por el legislador. En su opinión, *“en el caso en estudio, era necesario que el actor refiriese, a partir de los dos regímenes de pensiones: el de prima media con prestación definida -artículo 31 de la Ley 100 de 1993- y el de ahorro individual con solidaridad - artículo 59 de la ley 100 de 1993 - cómo la imposición normativa de permanecer por tres años a partir de la promulgación de la norma en el primero de los citados regímenes, afecta a los servidores públicos de carrera que ya se encontraban vinculados a dicho régimen por ser menos beneficioso que el régimen de ahorro individual”*.

Igualmente, se manifiesta que la necesidad de fortalecer a las entidades públicas que amparan el régimen pensional, es una exigencia constitucional indiscutible, pero, en virtud de la regulación legal que permite concurrir a particulares y entidades públicas en la prestación del servicio de seguridad social, es claro que tal fortalecimiento debe darse como consecuencia de las políticas de competitividad y no del uso de instrumentos legales carentes de elementos justificadores, porque ello puede interpretarse como un abuso de la posición dominante del Estado que desconocería los postulados de la libre competencia previstos en el artículo 333 de la Constitución.

En su opinión: *“Al privarse al trabajador que ingresa por primera vez al sector público en cargos de carrera de su posibilidad de escoger el régimen pensional que considere más beneficioso, así sea de manera transitoria, se le discrimina frente al trabajador privado, pues siendo como es la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones de carácter obligatorio para todos los trabajadores y empleadores, no encuentra el Ministerio Público elementos de razón suficiente para que con ocasión de la relación laboral se hagan imposiciones en materia de afiliación y sujeción a un régimen basados únicamente en el carácter que ostenta el empleador, máxime cuando los beneficios derivados del sistema de pensiones son recibidos por el trabajador”*.

En este orden de ideas, el agente del Ministerio Público solicita la declaratoria de inexecutable de la norma, o en todo caso, de su exequibilidad en forma condicionada, en el sentido de excluir de la aplicación de la norma a quienes se vinculen por primera vez al sector público en cargos de carrera, si previamente se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del precepto normativo acusado previsto en el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, ya que se trata de una disposición contenida en una ley de la República.

Problemas jurídicos.

2. Con fundamento en los argumentos esgrimidos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, corresponde a esta Corporación establecer si se desconoce o no el derecho constitucional a la igualdad, cuando se establece en la disposición acusada que dentro de los tres (3) años siguientes a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, los servidores públicos en carrera administrativa, afiliados para efectos pensionales al régimen de prima media con prestación definida, tienen la obligación de permanecer en el citado régimen mientras conserven dicha calidad.

De igual manera, es indispensable determinar si se desconoce o no el citado derecho constitucional, en la medida en que la norma demandada dispone la afiliación obligatoria al régimen de prima media con prestación definida, para quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera administrativa.

3. Para el efecto la Sala (i) realizará unas breves consideraciones sobre los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social Integral y, concretamente, el Sistema General de Pensiones, y con posterioridad; (ii) se detendrá en el análisis y estudio de la disposición demandada con sujeción a las reglas que regulan el test de igualdad.

Del sistema de Seguridad Social Integral y, en concreto, del Sistema General de Pensiones.

4. Los artículos 48, 53 y 365 de la Constitución Política, reconocen a la *seguridad social* como un servicio público y, a su vez, como un derecho constitucional.

5. Se ha entendido que una actividad económica se convierte en un servicio público, cuando se dirige “(...) a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o de simples personas privadas...Corte Suprema de Justicia. Sentencia de agosto 18 de 1970. M.P. Eustorgio Sarria.. Desde esta perspectiva, la seguridad social admite dicha categorización constitucional, por cuanto pretende la satisfacción de necesidades de carácter general, consistentes en amparar a toda la población colombiana, sin discriminación de ninguna naturaleza, durante todas las etapas de su vida, contra los riesgos o contingencias que menoscaban sus derechos a la integridad, salud, dignidad humana y mínimo vital, circunstancias frente a las cuales, se requiere de una prestación o cobertura continua y obligatoria, en aras de hacer efectivos los mandatos superiores previstos en el Texto Constitucional (preámbulo y artículos 1º, 2º y 5º de la Carta fundamental).

Esto significa que la seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de *servicio público*, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e

indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.

6. En ciertos casos, la ley igualmente ha reconocido que la seguridad social se convierte en un servicio público esencial, por virtud del cual debe garantizarse su *prestación* de forma permanente y continua, con el propósito de lograr el desarrollo de una vida plena y satisfactoria en sociedad (C.P. art. 56)

Básicamente, el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, establece que el citado servicio es esencial en todo lo relacionado con el sistema general de salud y, en materia pensional, solamente en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

7. De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999., es considerado como un *derecho prestacional y programático*, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada *prestación*, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor Véase: Sentencia C-432 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)., y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectividad realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.

Es entonces comprensible, razonable y coherente que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer término, del calculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, etc, y en segundo término, del subsidio implícito del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social (C.P. art. 48).

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que: *(&) en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (&) Sentencia SU- 819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).*

Sin embargo, aún a pesar de su contenido prestacional y programático, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la seguridad social, aunque no es en sí mismo un derecho fundamental, debe ser considerado como tal, cuando su perturbación ponga en peligro o vulnere el derecho a la vida, a la integridad personal u otros derechos fundamentales de las persona Véase, entre otras, las sentencias: T-395 de 1998, T-076 de 1999, T-321 de 1999 y T-101 de 2001..

8. Siendo entonces la seguridad social no sólo un servicio público (obligatorio y, en algunas ocasiones, esencial), sino también un derecho prestacional y programático; la Constitución le otorga su dirección, coordinación y control al Estado, bajo la obligación de garantizar su prestación de manera concurrente entre las entidades públicas y los particulares, éstos últimos a través del ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada (C.P. arts. 48 y 333).

Ahora bien, la existencia de dicha concurrencia u oposición en su prestación, tiene como objetivo asegurar la calidad, idoneidad y eficiencia del servicio y, a su vez, garantizar el acceso a las mismas prestaciones, pero bajo distintas condiciones, requisitos y términos que hagan efectivo el derecho a la libre elección del usuario o afiliado, como emanación de los derechos a la libertad, identidad personal y libre competencia, en los términos previstos en la Constitución y la ley.

9. Sin embargo, esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta. De suerte que, el legislador en virtud de la libertad de configuración puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar en una reforma legal por un modelo distinto, no implica *per se* la existencia de una disposición inconstitucional.

En lo pertinente, el citado artículo 48 establece que: *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. (...) La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley (...).* Y, con posterioridad, reitera el 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. (...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá su regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (...)* Subrayado por fuera del texto original..

En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social. Véase: Sentencia C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces.

Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C.P. art. 48).

10. Según el *principio de universalidad*, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

El *principio de solidaridad* exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas

de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo.

Por último, el *principio de eficiencia* cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar *el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.

11. Con fundamento en los anteriores principios y en aras de permitir la *conurrencia* en la prestación del servicio público de la seguridad social en materia pensional (C.P. arts. 48 y 365), el legislador creó y estructuró dos regímenes pensionales con características particulares y autónomas, independientemente de la existencia de regímenes especiales por expresa disposición constitucional o legal. Tal es el caso del régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, de conformidad con los artículos 150, num., 19, lit. e), 217 y 218 de la Constitución Política. .

12. Por una parte, *el régimen solidario de prima media con prestación definida*, cuya característica esencial consiste en la realización de aportes para la obtención de una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, previamente definidas en la ley, a favor de sus afiliados o beneficiarios, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan con los requisitos legales, tales como: edad, número de semanas cotizadas y períodos de fidelidad. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar una prestación indemnizatoria (también llamada: indemnización sustitutiva).

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, así como, los gastos de administración y la constitución de reservas para asegurar el pago de futuros acreedores pensionales.

Su administración se encuentra a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), quien a través del Estado garantiza el pago de los beneficios pensionales a que puedan tener derechos los afiliados y beneficiarios. Sin embargo, es posible que transitoriamente sea administrado por cajas, fondos o entidades del sector público o privado, en virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

13. El manejo técnico-financiero del régimen solidario de prima media con prestación definida, se encuentra sujeto al denominado: *cálculo actuarial*. Este consiste en proyectar la suficiencia material de los recursos presentes, cotizaciones futuras y de sus posibles

rendimientos, para asegurar el pago de los beneficios pensionales a quienes puedan llegar a tener dichos derechos, en todos los casos previstos en la ley.

Dicho cálculo actuarial depende no sólo de la alteración del monto de las cotizaciones, sino también -entre otros- de la existencia de: (i) *períodos de fidelidad*, como cuando se exige haber cotizado un determinado porcentaje de tiempo para tener derecho a un beneficio pensional; (ii) *períodos de carencia*, es decir, permanecer durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, en un régimen pensional concreto, sin hacer uso del derecho de traslado; (iii) *tasas de cotización*, o en otras palabras, porcentajes mínimos que deben excluirse de los ingresos bases de cotización, en aras de contribuir al financiamiento del sistema integral de seguridad social en pensiones; y en últimas, (iv) aumentos de edades, semanas de cotización o de otras expectativas legítimas para adquirir los beneficios pensionales.

El movimiento de cualesquiera de dichas variables tiene como resultado alterar el cálculo actuarial y, por ende, asegurar en un futuro el compromiso del Estado para con sus potenciales pensionados.

En todo caso, cuando la deficiencia financiera del sistema impide su sostenibilidad, es el Estado el llamado a través *subsídios implícitos* a asegurar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legalmente reconocidas (C.P. art. 53). Así mismo, lo establece el artículo 138 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos: “El Estado responderá por las obligaciones del Instituto de Seguros Sociales para con sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida, cuando los ingresos y las reservas de dicha entidad se agotasen, siempre que se hubiesen cobrado las cotizaciones en los términos de esta ley”.. Para poder cumplir con dicho compromiso, se pueden adoptar medidas sobre el mismo sistema pensional, por ejemplo, racionalizando los beneficios pensionales, o en su lugar, alterando la composición del presupuesto general de la Nación, bien sea reduciendo otros gastos del sector público, o eventualmente, aumentando el endeudamiento fiscal.

Con todo, la alteración de las variables que componen el *cálculo actuarial* resultan menos lesivas que la adopción de medidas sobre el alcance de los beneficios pensionales o en relación con la composición del presupuesto. A este respecto, no cabe duda que la existencia de períodos de carencia o de fidelidad son menos gravosos que recurrir a la reducción del número de mesadas anuales a que tendrían derecho los futuros pensionados. En idéntico sentido, resulta potencialmente más nocivo (en términos de pérdidas de ingresos para el futuro pensionado) disminuir los porcentajes para el cálculo del ingreso base de liquidación que aumentar las semanas de cotización.

La misma regla puede comprobarse cuando se pretende sostener la viabilidad financiera del régimen de prima media, a través de la alteración de la composición del presupuesto. En primer lugar, por cuanto la reducción de otros gastos del sector público, eventualmente puede resultar lesiva del gasto público social en otras áreas del Estado (educación,

vivienda, salud, etc.), aunado a la existencia de gastos inflexibles por obligaciones constitucionales y derechos adquiridos. Por ejemplo, como sucede con la obligación constitucional de mantener el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos (Véase: Sentencias C-710 de 1999, C-815 de 1999, C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003).. En segundo término, por cuanto medidas de endeudamiento público, contribuyen a largo plazo a la insostenibilidad financiera de la Nación. Y, finalmente, porque la única vía potencialmente libre para poder suplir dicha deficiencia financiera, sería agotar una nueva modificación tributaria, con efectos potencialmente dañinos de los ingresos personales de los contribuyentes y, a su vez, para la sostenibilidad de una política coherente de incentivo a la inversión privada.

14. Visto lo anterior, es posible concluir que la adopción de medidas legislativas sobre las variables que componen el cálculo actuarial del sistema pensional en el régimen solidario de prima media con prestación definida, no pueden ser analizadas desde una posición aislada o descontextualizada del sistema al cual pertenecen, por cuanto se presume que corresponden a un juicio político, económico y financiero, razonable y proporcional, de las distintas hipótesis o constantes macroeconómicas que pueden afectar el futuro cumplimiento de obligaciones pensionales del Estado.

Por ello esta Corporación al reconocer la diversidad de grados en el ejercicio del control de constitucionalidad de materias atinentes al ejercicio de actividades y libertades económicas, ha insistido que cuando una regulación se relacione con el ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía, que no afecten derechos constitucionales fundamentales (C.P. art. 334), el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexecutable de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta. Así, la Corte lo ha señalado, en los siguientes términos:

“(...) La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma (...)” (Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

15. A la par del régimen solidario de prima media con prestación definida, el legislador creó, reguló y desarrolló el denominado régimen de *ahorro individual con solidaridad*. En esencia, se trata de un régimen cuya administración se otorgó a los particulares a través de la creación de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y/o Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (A.F.P.), debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

En este régimen, los afiliados acumulan en una cuenta individual las cotizaciones obligatorias y voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado - si a ellos hubiere lugar dichos subsidios se reconocen a través de la figura pensional denominada “garantía de pensión mínima”, por virtud de la cual, el Estado complementa lo que haga falta para obtener el derecho a una pensión, cuando la edad y las semanas cotizadas del afiliado, así lo permitan. -, en aras de garantizar el acceso a una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a favor de sus afiliados o beneficiarios, cuando el monto acumulado de capital y sus correspondientes rendimientos, permitan proceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar la devolución de sus aportes o saldos.

Las cotizaciones de los afiliados y sus rendimientos constituyen una cuenta individual de naturaleza privada, que es administrada por la entidad que designe o escoja libremente el trabajador, en desarrollo de un mercado de libre competencia. Desde esta perspectiva, los afiliados pueden seleccionar y trasladarse libremente entre entidades administradoras y optar por la aseguradora con quien contratar las rentas y pensiones.

Es pertinente destacar que del monto total de las cotizaciones, un porcentaje se capitaliza en las cuentas individuales y el resto se destina al pago de primas de seguros de invalidez y muerte, así como a cubrir los costos de administración del fondo. Adicionalmente, en aras de garantizar la rentabilidad de este régimen, el conjunto de cuentas individuales constituye un “*fondo de pensiones*” como patrimonio autónomo e independiente del de las sociedades administradoras. Sobre dicho fondo, las entidades administradoras garantizan una rentabilidad mínima, la cual se distribuye entre las cuentas individuales, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período (Ley 100 de 1993, artículo 101).

A pesar de la diversidad en el manejo de los recursos y de las características particulares y disímiles de cada régimen, al igual que sucede en el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el Estado asume el papel de garante, en desarrollo del artículo 48 del Texto Superior. En esos términos, la ley dispone que el Estado tiene la obligación de asegurar el monto de los ahorros y el pago de las pensiones por intermedio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFÍN). Al respecto, el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, dispone que:

“ARTICULO 99. Garantías. Las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías, para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.

Las administradoras deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, sin sobrepasar respecto de cada afiliado el ciento por ciento (100 %) de lo correspondiente a cotizaciones obligatorias, incluidos sus respectivos intereses y rendimientos, y de 150 salarios mínimos legales mensuales correspondientes a cotizaciones voluntarias. Las garantías en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por la Superintendencia Bancaria para las instituciones del régimen financiero”.

La imposición de la citada obligación, corresponde a un claro desarrollo del modelo de Estado Social de Derecho, en el cual materias como la seguridad social se encuentran a cargo del Estado, por tratarse de un servicio público obligatorio y, a su vez, de un derecho constitucional irrenunciable. Por ello, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación Véase, por ejemplo, la reciente sentencia C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)., la seguridad social en sus distintos componentes, admite la intervención del Estado, en aras de asegurar su adecuada y eficiente prestación y, además, con el propósito inflexible de velar por el cumplimiento cabal e idóneo de las obligaciones que surgen para con sus afiliados y beneficiarios.

16. Con fundamento en lo anterior, en materia de seguridad social, la Corte ha venido señalando que su prestación se lleva a cabo a través de las reglas de un mercado sujeto a la libre competencia, por virtud del cual sus distintos prestadores, se encuentran en un plano de igualdad de condiciones (es decir, tanto aquellos que administran los recursos del *fondo común* a través del régimen solidario de prima media con prestación definida, como aquellos otros que administran los *fondos de pensiones* del sistema de ahorro individual con solidaridad). No obstante, esta Corporación igualmente ha establecido que el derecho a la libre competencia en dicho sector, no es absoluto, por cuanto tiene sus límites en los principios que rigen el servicio público de la seguridad social Véase: Fundamentos 10 a 15 de esta providencia.. En sus propias palabras, la Corte expresó que: (...) *los principios de libre competencia y libertad de empresa deben armonizarse con las especiales potestades de intervención que tiene el Estado y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, en especial el de seguridad social* Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En este punto adquiere relevancia lo esgrimido anteriormente (fundamento No. 14), en relación con el grado de control que debe desarrollar esta Corporación al momento de pronunciarse en torno a una disposición acusada que corresponde al ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía. En estos casos, según se dijo, el juez constitucional debe respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexecutable de una norma cuando ésta resulte *inconstitucionalmente manifiesta*.

La efectividad de dicho juicio de inexecutableidad exige que el juez constitucional pondere con sumo cuidado la tensión existente entre el interés privado y la prevalencia del interés general, con el propósito de hacer compatibles ambas modalidades de bienestar, sobre la base de la preponderancia del interés colectivo, pero sin llegar a desconocer el núcleo esencial de las garantías individuales. Al respecto, la Corte ha afirmado que:

“Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo. Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo. Sentencia C-615 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra..

Con fundamento en la citada providencia, la Corte recientemente concluyó que las tensiones que se presentan entre las libertades económicas y el principio de primacía del interés general; pueden conducir a la limitación sobre dichas libertades (tales como, la libre competencia económica, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, etc), siempre y cuando (i) se lleven a cabo por ministerio de la ley (C.P. art. 334); (ii) respeten el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación; (iii) obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución y, finalmente; (iv) respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño..

17. Los anteriores requisitos fueron reconocidos por la Corte Constitucional, cuando en sentencia C-625 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), declaró executable la norma que le impone a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, afiliarse obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de delegar la administración y control de sus cesantías. En aquella oportunidad, la norma acusada disponía que: Artículo 5o. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente

ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional”.

En dicho caso, la Corte admitió la existencia de afiliaciones obligatorias en materia laboral, pero bajo la condición no sólo de procurar un beneficio para la comunidad en términos del principio de solidaridad, sino también en la medida en que el afiliado adquiriera por virtud de dicha limitación un claro beneficio económico. Al respecto, esta Corporación manifestó que:

“En opinión de la Corte, sobre la obligatoriedad de afiliación al Fondo, en principio, se diría que podría violar el derecho a una clase de trabajadores de elegir en forma voluntaria, en qué fondo quieren que sus empleadores les depositen, cada año, sus cesantías. Y si éstas, obligatoriamente, deben estar en el Fondo, en donde su rentabilidad es menor que la que ofrecen los fondos privados, la desmejora es evidente. (...)

*Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le administre sus cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados (...)*Sentencia C-625 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra..

18. Teniendo en cuenta estas consideraciones, procederá la Corte a estudiar la constitucional de la expresión acusada prevista en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003.

De la interrelación de los citados instrumentos en el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada El texto de la disposición acusada establece que: “Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.”

19. Según el actor, la citada disposición resulta contraria al Texto Superior, por desconocer el derecho a la libre elección del afiliado en relación con los regímenes existentes de seguridad social en pensiones y, por contera, vulnerar el derecho a la igualdad, al establecer un trato desigual entre los servidores públicos y los trabajadores particulares.

Por su parte, algunos de los intervinientes consideran que la norma acusada es inexecutable, porque limita sin justa causa el derecho a la libre elección de los usuarios y, por ende, vulnera sus derechos a la igualdad y a la libre competencia, tornando en arbitrario y totalitario el régimen pensional, con el único propósito de salvaguardar los recursos ineficientemente administrados por el Seguro Social. De suerte que, en opinión de éstos, la capitalización del régimen solidario de prima media con prestación definida, debe llevarse a cabo bajo las reglas de la libre competencia y no a través de la imposición legal.

Otros intervinientes estiman que la disposición demandada no vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto la diferenciación legal que se establece corresponde a un objetivo constitucionalmente válido, consistente en evitar la imposibilidad del pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones de los futuros acreedores pensionales. Además, el criterio de distinción, es razonable y proporcional, apelando a que los funcionarios públicos de carrera, al gozar de una mayor estabilidad laboral, pueden colaborar efectivamente en aras de ajustar las deficiencias de capital del régimen de prima media. Por otra parte, consideran que el derecho a la libre competencia puede ser objeto de limitación, cuando se pretende salvaguardar el contenido normativo de los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad en el acceso a las beneficios pensionales propios de la seguridad social.

Por último, el agente del Ministerio Público manifiesta que la necesidad de fortalecer a las entidades públicas que amparan el régimen pensional, es una exigencia constitucional indiscutible, pero, en virtud de la regulación legal que permite concurrir a particulares y entidades públicas en la prestación del servicio de seguridad social, es claro que tal fortalecimiento debe darse como consecuencia de las políticas de competitividad y no del uso de instrumentos legales carentes de elementos justificadores, porque ello puede interpretarse como un abuso de la posición dominante del Estado que desconocería los postulados de la libre competencia previstos en el artículo 333 de la Constitución. Por ello, solicita que la disposición demandada sea declarada inexecutable, o en todo caso, executable en forma condicionada, en el sentido de excluir de la aplicación de la norma a quienes se vinculen por primera vez al sector público en cargos de carrera, si previamente se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

20. Con fundamento en los argumentos expuestos en los numerales 4 a 17 de la presente decisión, esta Corporación considera que no le asiste razón al demandante, por las siguientes consideraciones:

21. En cuanto al derecho a la igualdad, en la medida en que las limitaciones establecidas en la norma acusada, resultan razonables y proporcionales, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, según se demostrará, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en capitalizar el fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, con la finalidad de evitar el deterioro de los recursos públicos y, a su vez, lograr

que en los años venideros el sistema de seguridad social integral sea capaz de autofinanciarse.

Para cumplir con dicho propósito, la norma acusada estableció, por una parte, un *período de carencia* o *período mínimo de permanencia*, conforme al cual durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, los afiliados o cotizantes a un determinado régimen pensional, no pueden hacer uso del derecho de traslado. En este caso, la permanencia obligatoria se estableció por el término de tres años en el régimen solidario de prima media con prestación definida, para los servidores públicos en cargos de carrera administrativa que se encuentren afiliados a dicho régimen al momento de entrar en vigencia la Ley 797 de 2003. Y, por la otra, dispuso la obligación de afiliarse forzosamente al mismo régimen y por idéntico espacio de tiempo, frente a las personas que ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera.

A juicio de esta Corporación, en principio, las citadas limitantes no vulneran el derecho a la igualdad en torno a la libre elección que tanto los particulares como el resto de servidores públicos del Estado tienen en relación con el régimen pensional de su preferencia, con fundamento en las siguientes consideraciones.

22. Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites especiales para los servidores públicos en relación con la generalidad de los trabajadores. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse *per se* contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible, el cual como se demostrará, en este caso, consiste en la necesidad de preservar los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia en la prestación del servicio público de la seguridad social.

23. Inicialmente es pertinente recordar que el propósito de la Ley 797 de 2003, es mejorar la caótica situación económica en la cual se encuentra el régimen solidario de prima media con prestación definida. En efecto, el *cálculo actuarial* de las sumas que se requieren por parte del Seguro Social para cumplir con sus obligaciones constitucionales de pagar oportunamente y de reajustar periódicamente las pensiones legales (C.P. art. 53), demuestran una insuficiencia material de las reservas de capital, que impiden garantizar en un futuro el estricto cumplimiento de dichas obligaciones a sus pensionados. De suerte que, la necesidad de adoptar medidas con el propósito de aliviar las cargas del sistema pensional, sin aumentar la crisis fiscal mediante subsidios implícitos resultantes del endeudamiento público y/o de la reducción de otros gastos importantes del Estado, entre ellos, algunos con incidencia directa en beneficio de la comunidad, eran inaplazables.

Los estudios económicos demostraban que de continuar aplicándose la Ley 100 de 1993, sin realizar los ajustes fiscales del caso, el Estado tendría que subsidiar con sus propios recursos el 39% de las pensiones de los hombres y el 48% de las mujeres. En la actualidad, con la reforma de la Ley 797 de 2003, a partir de la adopción de medidas sobre las variables que componen el *cálculo actuarial*, y modificando en menor medida los beneficios pensionales y la composición del presupuesto, el porcentaje que debe subsidiar el Estado se redujo drásticamente en un 1% en caso de los hombres y en un 15% en tratándose de mujeres. El presente gráfico aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, refleja dicha realidad económica:

Bajo esta circunstancia, es evidente que el *objetivo* perseguido con el señalamiento de un período de carencia y, además, con el establecimiento de la afiliación obligatoria para algunos servidores públicos en el régimen solidario de prima media con prestación definida, consiste en capitalizar el fondo común de dicho régimen, con la finalidad de evitar el deterioro de los recursos públicos y, a su vez, lograr que en los años venideros el sistema sea capaz de autofinanciarse.

24. La *validez* de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, como manifestación del principio de universalidad en la prestación de los servicios públicos. Además, la disposición acusada permite preservar el principio de eficiencia, en la medida en que salvaguarda la estabilidad financiera del régimen pensional de prima media con prestación definida.

25. Así mismo, el objetivo de la norma se *adecua* a un fin constitucional válido, al asegurar mediante la estabilidad temporal de un determinado monto de cotizaciones, los recursos necesarios para cumplir las obligaciones prestacionales con los actuales pensionados y con quienes lleguen a acreditar los requisitos legales para acceder a dichos beneficios. A juicio de esta Corporación, en términos constitucionales, es perfectamente adecuado que el Estado encuentre fuentes de ingresos que le permitan capitalizar las reservas del fondo común del régimen de prima media, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales establecidas en el artículo 53 del Texto Superior, a saber: *El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

En idéntico sentido, esta Corporación al declarar exequible recientemente una disposición que establece un período de carencia diferencial entre el Seguro Social y las Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.), manifestó que:

“(...) el término diferencial establecido en la norma impugnada tiene una finalidad específica: proteger al ente estatal, la cual resulta ser legítima a la luz de los postulados constitucionales. En efecto, el término mínimo de permanencia de dos años para el usuario le otorga mayores beneficios económicos al Estado, al contar con plazos mas largos a

*efectos de realizar inversiones en beneficio de la comunidad y ello le da una mejor estabilidad financiera que en últimas conlleva a una mejor prestación del servicio, con lo cual el interés público resulta garantizado. Ese interés público que se encuentra de por medio es relevante para el juez constitucional al momento de realizar la confrontación frente a los preceptos de la Carta Política puesto que la libertad de empresa y la libertad económica deben ceder al interés general (...)*Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26. La *necesidad* de dicha medida, evaluada a partir de la inexistencia de otro mecanismo legal menos oneroso, se supera en cuanto se reconoce (véase, fundamento No. 13 de esta providencia), que la modificación o alteración de las variables que componen el *cálculo actuarial* para corregir las deficiencias del sistema pensional, tales como, la imposición de períodos de fidelidad o de carencia, o la variación en las tasas de cotización, en las semanas o en las edades, o en otras expectativas legítimas para acceder a los beneficios pensionales; resultan menos gravosas que modificar el contenido de dichos beneficios (por ejemplo, reducir el número de mesadas pensionales al año) y/o variar la composición del presupuesto, con las consecuencias que ello puede generar en términos de inversión social.

Adicionalmente, el establecimiento de períodos de carencia o la imposición de una afiliación obligatoria de carácter temporal, dentro de las distintas variables que componen el *cálculo actuarial*, son las que resultan menos onerosas. Por una parte, por cuanto no proyectan en el tiempo la expectativa de acceder a una pensión, como sucedería si se amplían las edades o las semanas de cotización, o si se establecieran períodos de fidelidad como exigencias adicionales a los requisitos tradicionales para obtener los beneficios pensionales. Y, por la otra, porque en términos económicos no implican una afectación del ingreso personal disponible del cotizante o afiliado, como podría ocurrir si se aumentan las tasas de cotización.

Precisamente, en la ponencia para primer debate de la Ley 797 de 2003, se sostuvo al interior del Congreso de la República, que:

“Para los autores el otro punto de fortalecimiento es el régimen de prima media incluido y que contempla que todos los servidores públicos que no estén en fondos especiales, obligatoriamente entran al Seguro Social y no a los fondos privados de pensiones. Con este fortalecimiento no se necesita subir edades pensionales, ni semanas de cotización, ni aportes para pensiones” Subrayado por fuera del texto original. Véase: Gaceta del Congreso. Número 508 del viernes 15 de noviembre de 2002. Página 4. .

Visto lo anterior, sin lugar a dudas, las medidas impuestas en la norma acusada son las que menor impacto producen sobre la economía y, principalmente, sobre los ingresos y expectativas de los cotizantes o afiliados.

27. Finalmente, el requisito de la *proporcionalidad en sí misma* *considerad* *En relación con este presupuesto del juicio de igualdad, en la sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte sostuvo que: (...) [se trata de identificar] que el trato desigual no sacrifique valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato., se acredita a través de la observancia de dos supuestos.*

En primer lugar, en la medida en que la disposición demandada permite preservar el contenido constitucional del principio de solidaridad, al exigir el sacrificio temporal de una parte de la sociedad, a favor del cúmulo de personas y familias que indirectamente resultan beneficiadas con la conservación del sistema. Ahora bien, la escogencia de los servidores públicos en cargos de carrera administrativa frente al resto de la generalidad de los trabajadores, tiene como soporte la estabilidad laboral de los primeros, por virtud de la cual pueden contribuir efectivamente a la salvación del régimen de prima media con prestación definida y, por contera, preservar el pago oportuno y el reajuste periódico de los beneficios prestacionales, como obligaciones constitucionales intransferibles e innegociables del Estado (C.P. art. 53).

En segundo término, porque la limitación impuesta en la norma acusada, dada su naturaleza eminentemente temporal, no sacrifica el núcleo esencial ni de las libertades económicas de las Administradoras de Fondos de Pensiones (A.F.P.), ni del derecho a la libre elección de los usuarios o afiliados.

28. Esta Corporación ha reconocido que no existe un sacrificio en el núcleo esencial de las libertades económicas, tales como, la libertad de empresa y la libre competencia, cuando a pesar de limitarse las reglas que gobiernan el acceso a una sana concurrencia u oposición, la medida que adopta el legislador (C.P. art. 333 y 334), tiene como propósito salvaguardar la estabilidad de un principio o fin constitucional y, además, resulta proporcional y razonable Véase: Fundamentos 19 y 20 de esta providencia..

Según se vio, la razonabilidad de la limitación impuesta en la norma acusada, responde a la exigencia superior de preservar la estabilidad de un régimen pensional, en aras de asegurar el pago oportuno y al reajuste periódico de los beneficios pensionales, como derechos constitucionales obligatorios e irrenunciables (C.P. art. 53). Dicha limitación, como se ha expuesto, tiene como finalidad preservar el contenido constitucional de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia, en la prestación del servicio público de la seguridad social en materia pensional (C.P. art. 48). Y, su proporcionalidad, se explica en cuanto la norma no está excluyendo a los particulares de la posibilidad de concurrir en la prestación del servicio público, sino que, por el contrario, tan sólo se circunscribe en señalar algunas limitantes con el propósito de hacer efectivo el mandato constitucional de intervención estatal en la economía y en los servicios públicos (C.P. art 334 y 365), en atención a la exigencia inaplazable de velar por la prevalencia del interés genera Véase: Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. .

Sin embargo, la validez constitucional de dicha estrategia económica con innegables efectos jurídicos, en principio no puede conducir al señalamiento de términos desproporcionados, los cuales, aun cuando se ajusten a una finalidad o principio previsto en la Constitución, se exterioricen objetivamente idóneos para eliminar en su totalidad a la competencia y, por ende, permitan al Estado -de facto- reservarse la prestación de una determinada actividad económica o servicio público. En estos casos, la validez constitucional de una medida adoptada en dicho sentido, en virtud del ejercicio de la libertad de configuración normativa para diseñar el sistema de seguridad social (C.P. arts. 48 y 365), exige que el modelo monopólico de prestación de servicios públicos se adopte -necesariamente- a través del estricto cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 365 Superior, por virtud del cual se permite al Estado asegurarse legítimamente la prestación exclusiva y excluyente de una actividad económica libre, como lo es la seguridad social.

Al respecto, el citado artículo constitucional, determina que: (...) *Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

29. A partir de lo expuesto, es claro que ni el derecho a la igualdad (en relación con los servidores públicos en cargos de carrera de administrativa), ni el núcleo esencial de las libertades económicas (en torno a las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad) resultan vulnerados con la disposición acusada, conforme a la cual, *Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.*

No obstante, es preciso recordar que mediante Sentencias C-625 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte manifestó que el derecho a la libre elección de los usuarios, cotizantes o afiliados, resulta vulnerado en su núcleo esencial cuando se obliga, impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, en aras de contribuir al logro de un principio o fin constitucional, sin que por ello se obtenga al menos un beneficio personal directo o mediato en quien debe soportar dicha carga.

Recuérdese como esta Corporación al declarar exequible la norma que le impone a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, afiliarse obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de delegar la administración y control de sus cesantías, sostuvo que:

(...) En opinión de la Corte, sobre la obligatoriedad de afiliación al Fondo, en principio, se diría que podría violar el derecho a una clase de trabajadores de elegir en forma voluntaria, en qué fondo quieren que sus empleadores les depositen, cada año, sus cesantías. Y si éstas, obligatoriamente, deben estar en el Fondo, en donde su rentabilidad es menor que la que ofrecen los fondos privados, la desmejora es evidente. (...)

*Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le administre sus cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados (...)*Sentencia C-625 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra..

Recientemente, al declarar exequible la existencia de un período de carencia diferencial entre el Seguro Social y las Sociedades Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.), manifestó:

*“(...) la norma tampoco le restringe a los empleadores su libertad para escoger a cuál entidad han de afiliarse para que sus trabajadores queden cubiertos por los riesgos profesionales que puedan generarse, pues no se les está obligando, imponiendo o señalando a cuál deben o no afiliarse, evento éste que de ocurrir sí desconocería su libertad de escogencia y atentaría contra el derecho a la igualdad (...)*Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. (Subrayado por fuera del texto original). .

30. Bajo estas consideraciones, ténganse en cuenta que la segunda parte de la norma *sub-judice*, conforme a la cual, *Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso*, presenta una duda seria en torno a su exequibilidad, a partir del precedente previamente reiterado y descrito por esta Corporación.

Sin embargo, en términos generales, como lo plantea el accionante, no puede considerarse que la norma desconoce el principio de igualdad y de proporcionalidad en las cargas públicas, por las siguientes razones:

En primer lugar, por cuanto el derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal (véase: numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador. En este orden de ideas, bien puede el Congreso diseñar un sistema de seguridad social a través un modelo distinto al actualmente vigente, por ejemplo, exigiendo a todos los nuevos trabajadores públicos vinculados a carrera administrativa afiliarse al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin que por ello pueda predicarse *per se* su inconstitucionalidad. A este respecto, es pertinente recordar que aun cuando la libertad configuración del legislador es amplia en materia de seguridad social (véase, fundamento 9 de esta providencia), su ejercicio se encuentra sujeto a los principios, valores, fines y derechos previstos en la Constitución, principalmente, aquellos relacionados con la proporcionalidad de las cargas que deben asumir los ciudadanos (C.P. art 95) y la igualdad de trato que ellos merecen, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas así lo ameriten (C.P. art. 13). Por ello, el legislador no podría ni establecer condiciones disímiles de afiliación a sujetos puestos en un plano de igualdad (v.gr. a los trabajadores públicos vinculados en cargos de carrera administrativa dentro la rama ejecutiva del sector central), o someter a los afiliados a cargas de solidaridad que desborden el equilibrio natural entre los ciudadanos (v.gr. obligando a un sector de la población cotizante a un traslado obligatorio, el cual puede resultar lesivo de los intereses del afiliado, a partir de las legítimas expectativas generadas en la adopción previa de un sistema pensional).

En segundo término, porque la limitación al derecho a la libre elección de quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera administrativa, conducen a la obtención de un beneficio directo y mediato para ellos, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de solidaridad, universalidad y eficiencia, pueden temporalmente conocer las ventajas y desventajas del régimen solidario de prima media con prestación definida y, además, acumular un capital pensional a partir del ingreso al mundo laboral. De manera que, si una vez vencido el período de permanencia obligatorio previsto en la ley, el afiliado decide trasladarse de régimen, tiene el conocimiento suficiente de las circunstancias que le faciliten avalar dicha decisión y un capital redimible -en un bono pensional o en una cuota parte- que le permita ir acumulando los recursos suficientes para obtener una pensión.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE las expresiones: *Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso, previstas en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, por el cargo analizado.*

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES
Magistrado (E)

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en permiso debidamente autorizado por la Presidencia de la Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (e)

