

**LA DESIGUALDAD EN LA PENSIÓN DE VEJEZ FRENTE A LA CONSTITUCIÓN
COLOMBIANA DE 1991**

GERMAN ENRIQUE AVENDAÑO MURILLO

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2019**

**LA DESIGUALDAD EN LA PENSIÓN DE VEJEZ FRENTE A LA CONSTITUCIÓN
COLOMBIANA DE 1.991**

GERMAN ENRIQUE AVENDAÑO MURILLO

Tesis Doctoral realizada para optar el título de Doctorado en Derecho

Director de la Tesis:

SERGIO R. MATIAS CAMARGO

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2019**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá. D. C., marzo de 2019

“Es permitido a todos reproducir las leyes constitucionales y comunes, decretos, ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial”.

“Pueden también los particulares publicar los códigos y colecciones legislativas, con notas y comentarios, siendo cada autor dueño de su propio trabajo”.
(“Ley 86 de 1946, Art. 17”).

AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis Doctoral está dedicada a los colombianos sujetos de derechos quienes, olvidados por el Estado, que padecen los infortunios e ímpetu que generan las Constituciones de papel, pues sin su aval no hubiera sido posible identificar con mayor integridad la problemática que fue estudiada, y a la Universidad Libre por permitirme realizar estos estudios.

A Dios que me hizo suyo y me humaniza, a Blanquita mi esposa por su apoyo y a Camilo mi hijo quien ya está en los caminos del Derecho.

G.E.A.M

.

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO – INSTITUTO DE POSGRADOS
DOCTORADO EN DERECHO

AUTORIDADES ACADÉMICAS

<i>Fundador:</i>	<i>General Benjamín Herrera</i>
<i>Presidente:</i>	<i>Dr. Jorge Alarcón Niño</i>
<i>Vicepresidente Nacional</i>	<i>Dr. Jorge Gaviria Liévano</i>
<i>Rector Nacional:</i>	<i>Dr. Fernando Dejanón Rodríguez</i>
<i>Rector Seccional:</i>	<i>Dr. Fernando Salinas Suarez</i>
<i>Censor Nacional:</i>	<i>Dr. Ricardo Sopo Méndez.</i>
<i>Secretario General:</i>	<i>Dr. Floro Hermes Gómez</i>
<i>Presidente Sede Principal:</i>	<i>Dra. María Elizabeth García G.</i>
<i>Decano Facultad de Derecho:</i>	<i>Dr. Luis Francisco Ramos A.</i>
<i>Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas:</i>	<i>Dr. John F. Martínez V.</i>
<i>Director del Instituto de Posgrados:</i>	<i>Dra. Nohora Pardo Posada</i>
<i>Director del Doctorado:</i>	<i>Dra. Liliana Estupiñán Achury</i>
<i>Director de la tesis de grado:</i>	<i>Dr. Sergio R. Matías C.</i>

RESUMEN

Constitucionalmente, ya se ha establecido y se define que Colombia es un *Estado Social de derecho*, esto significa que la Nación está edificada sobre el imperio de la ley y el ordenamiento jurídico. Busca que se garantice el pleno ejercicio de los derechos sociales de sus habitantes, dentro de los cuales destacan: los derechos a la vida y a la libertad; y en tanto que lo social significa; que dentro de los fines del Estado persigue la igualdad y el bienestar de las personas que se hallan bajo su jurisdicción. Por lo que es necesario analizar la relevancia que tiene para Colombia el concepto de Estado Social de Derecho y, como su Constitución Política lo presenta como medio ideal para hacer realmente efectivo el mandato Constitucional en lo relativo a la Seguridad Social.

Con lo anterior, se determina la responsabilidad, primero jurídica y luego política que, por la acción u omisión en su cumplimiento, le compete al Estado; mostrando el papel que para su defensa y protección le corresponde a las instituciones públicas, al sistema político, y al sector privado si se quiere hacer realmente efectivo el *mandato constitucional* de Colombia, cómo un *Estado Social de Derecho*. Que propende por un orden social justo en el cual el “derecho a la seguridad social” de sus habitantes esté plenamente garantizado.

La *pensión de vejez* responde a un momento de retiro del mercado laboral. Esta reflexión tiene su apertura en los artículos 46 y 53 Constitucionales, y como referencia la consideración ante la protección de la tercera edad. El artículo 46 bien señala que le corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia, concurrir en la protección de las personas en tercera edad, que asistan al anciano, que le integren a una vida activa, y le otorguen sus servicios de la “seguridad social integral”. El

artículo 53, bien consagró como principio mínimo fundamental, el derecho a la seguridad social, pero igualmente señala que, deberá de consagrarlo en el estatuto del trabajo, el Congreso, aun ausente, y que ese derecho a la seguridad social debe hacerse con un pago oportuno, con un reajuste periódico.

El análisis de lo que implica el sistema pensional de vejez en un Estado Social de Derecho, valorando la eficacia y garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales establecidas por el Estado y por los mismos organismos internacionales sobre la materia; fijar la responsabilidad jurídica y política del Estado ante a este derecho; evaluar los aspectos tanto jurídicos como políticos que de cara a éste, el País presenta; y, por último proponer mecanismos para su fortalecimiento.

En Materia de la Pensión de Vejez surgen dos Teorías:

1. La teoría del modelo *inglés* a partir de las definiciones del modelo Beveridge en Inglaterra, que fortaleció el concepto de la Pensión de Vejez a cargo del Estado y la protección de la misma a través de los principios de Universalidad y Solidaridad.
2. La teoría del modelo *alemán* de Bismark, orientadora de la Política Social europea del siglo XIX, y la base de las políticas sociales de América Latina, con la Constitución de Weimar de 1919 y, de México, que se señaló en el Constitucionalismo Social y el Estado Bienestar y el reconocimiento del derecho de los trabajadores, al cubrimiento con una *pensión de vejez, a través del Sistema del Seguro Social*.

Determinar que en Colombia, un Estado de Derecho, como se conceptualiza la pensión de vejez frente a estas dos teorías, que garantice el derecho a la pensión de vejez, y con acceso a la protección otorgada por un régimen de transición, con el derecho fundamental a la seguridad social¹. En efecto, el sistema de seguridad social fundado en la Constitución y desarrollado en la ley, tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos, con base en que el trabajo es un valor esencial y un principio fundamental del Estado Colombiano (además de ser un derecho fundamental de los trabajadores). Por lo tanto, requiere de una organización para cumplir tales fines, “*elemento esencial del Estado Social de Derecho*”...²“*Colombia es un Estado social de derecho y en consecuencia sus instituciones están organizadas para la protección de las personas y de sus derechos fundamentales*”³. En el Estado Social de Derecho, la presentación de los dos regímenes, el *Régimen de Prima Media* y el *Régimen de Ahorro Individual* se contraponen a tal desarrollo social.

¹“Pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior”.

²CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

ABSTRACT

Constitutionally, it has already been established and defined that Colombia is a social State of Right; this means that the Nation is built on the rule of law and the legal system. It seeks to guarantee the full exercise of the social rights of its inhabitants, among which are: the rights to life and freedom; and as long as the social means; that within the purposes of the State pursues the equality and welfare of the people under its jurisdiction. Therefore, it is necessary to analyze the relevance that the concept of the Social State of Right has for Colombia and, as its Political Constitution, presents it as an ideal means to effectively implement the Constitutional mandate in relation to Social Security.

The foregoing, thereby determining the responsibility, first legal and then political, which, by action or omission in compliance, is the responsibility of the State; showing the role that for its defense and protection corresponds to public institutions, the political system, and the private sector if it is really to make effective the constitutional mandate of Colombia, how a social state of law. That tends for a fair social order in which the right to social security of its inhabitants is fully guaranteed.

The old-age pension responds to a withdrawal from the labor market. This reflection has its opening in articles 46 and 53 Constitutional, and as reference the consideration before the protection of the third age. Article 46 well indicates that it is up to the state, society and the family, to assist in the protection of the elderly, to assist the elderly, to integrate them into an active life, and to grant them their security services. integral social Article 53 establishes the right to social security as the minimum fundamental principle, but also states that it must consecrate it in the

statute of work, the Congress, even if it is absent, and that this right to social security must be done with a timely payment, with a periodic readjustment.

The analysis of the implications of the old age pension system in a social state of law, evaluating the efficacy and non-judicial and judicial guarantees established by the State and by the same international organizations on the subject; set the legal and political responsibility of the state to this law; evaluate both the legal and political aspects that face this, the country has; and finally propose mechanisms to strengthen them.

Responsible for the Age Pension two theories arise:

1. Theory English model from model definitions Beveridge in England that strengthened the concept of the Age Pension from the State and the protection of the same by the principles of universality and solidarity.
2. Theory Bismark German model, counselor of European Social Policy of the nineteenth century, and the basis of social policy in Latin America and, with the Weimar Constitution of 1919 in Mexico, it was noted in the Social Constitutionalism and the Welfare State and the recognition of the right of workers to cover with a pension, through the Social Security System.

Determine that Colombia as rule of law, as conceptualized pension age against these two theories, which guarantees the right to old age pension, and inland from the protection afforded by a transition regime, the fundamental right to social security⁴. Indeed, the social security system established in the Constitution and developed in the Act, has as its primary purpose the respect of human dignity and quality of life of individuals, based on that work is a core value and founding principle of the Colombian state (besides being a fundamental right of workers), “an essential element of the rule of law”...⁵“*Colombia is a social state of law and therefore its institutions are organized for the protection of persons and their fundamental rights*”⁶.

⁴ It establishes more favorable conditions to access it for some people in order to not violate law by subsequent legitimate expectation [Constitutional Court, Judgment C-425 of 2005].

⁵ CONSTITUTIONAL COURT. Ruling C-425 of 26 April 2005, MP Jaime Araujo Renteria.

⁶ CONSTITUTIONAL COURT. Judgment C-004 of 1993.

CONTENIDO

	PÁG.
INTRODUCCION.....	21
1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO.....	25
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	25
1.1.1. Justificación	27
1.1.2. OBJETIVOS	29
1.1.2.1. Objetivo General	29
1.1.2.1. Objetivos específicos	30
1.1.3. HIPOTESIS	31
1.2. MARCO REFERENCIAL	33
1.2.1 Estado del Arte	33
1.2.2 ASPECTOS METODOLÓGICOS	38
1.3 METODOLOGIA.....	39
1.3.1 Tipo de Investigación.....	39
1.3.2 Método de Investigación.....	40
1.3.3. Fuentes	42
CONCEPTOS BÁSICOS	46
PRIMERA PARTE	
CAPÍTULO I.....	48
CONTENIDO DEL CONCEPTO DE “ESTADO SOCIAL DE DERECHO”	48
SECCIÓN PRIMERA: ESTADO SOCIAL DE DERECHO	48
SECCIÓN SEGUNDA: CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ COMO DERECHO EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	51
SECCIÓN TERCERA: DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA VEJEZ.	54
SECCIÓN CUARTA: LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	63
SECCIÓN QUINTA: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	72
CAPÍTULO II	82

**DESARROLLO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y LOS RÉGIMENES
EN LA PENSIÓN DE VEJEZ82**

SECCIÓN PRIMERA: EVOLUCIÓN82

SECCIÓN SEGUNDA: LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DE 191989

SECCIÓN TERCERA: DEFINICIÓN DEL MODELO BEVERIDGE EN INGLATERRA92

SECCIÓN CUARTA: EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE98

1. CONTINGENCIAS CUBIERTAS ECONÓMICAS...98

2. NUEVO SISTEMA PREVISIONAL.....103

3. MULTIFONDOS DE LAS AFP105

SECCIÓN QUINTA: CONCEPTO DE PENSIÓN DE VEJEZ112

SECCIÓN SEXTA: PROTECCIÓN AL SISTEMA DE PENSIÓN DE VEJEZ115

SECCIÓN SÉPTIMA: RECONOCIMIENTO117

SECCIÓN OCTAVA: REQUISITOS122

SECCIÓN NOVENA: BASE REGULADORA Y PORCENTAJE138

SECCIÓN DÉCIMA: TASA DE REEMPLAZO (O CUANTÍA DE UNA MESADA)146

SECCIÓN DÉCIMO PRIMERA: ACTUALIZACIÓN152

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III161

**MOTIVOS DE LA LEY 100 DE 1993 POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA
GENERAL DE PENSIONES Y LOS REGÍMENES EN LA PENSIÓN DE
VEJEZ.....161**

SECCIÓN PRIMERA: REGÍMENES PENSIONALES168

REPARTO Y CAPITALIZACIÓN.....168

Concepto171

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL171

SECCIÓN SEGUNDA: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN GENERAL DE LA PENSIÓN DE VEJEZ177

CAPÍTULO IV180

PERSPECTIVA FISCAL180

SECCIÓN PRIMERA: SITUACIÓN ACTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL185

SECCIÓN SEGUNDA: PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO.191

SECCIÓN TERCERA: DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y COLECTIVA195

SECCIÓN CUARTA: VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, EQUIDAD Y LEGALIDAD, CON EL DECRETO DE MONTOS PENSIONALES	199
SECCIÓN QUINTA: REFORMA CONSTITUCIONAL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005	203
SECCIÓN SEXTA: PRECEDENTE SENTADO POR LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	212
SECCIÓN SÉPTIMA: SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA A LARGO PLAZO, GARANTÍA DE IGUALDAD, PARA GARANTIZAR LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	218
SECCIÓN OCTAVA: RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES TENIENDO EN CUENTA LOS CONCEPTOS LEGALES, LOS DE EQUIDAD Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL	225
SECCIÓN NOVENA: PROGRAMAS COLOMBIA MAYOR Y BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS.	228
 CONSIDERACIONES FINALES	233
LOS DERECHOS DEL PENSIONADO POR VEJEZ COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO	233
LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT Y LA PROTECCIÓN A LA PENSIÓN DE VEJEZ	240
 PROPUESTA	242
FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA PENSIONAL DE VEJEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	242
 CONCLUSIONES	245
BIBLIOGRAFÍA	251

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Cuadro comparativo sistema de seguridad social entre Chile y Colombia.....	106
Tabla 2. Semanas cotizadas para la pensión de vejez.....	127
Tabla 3. Regímenes vigentes.....	221

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Mapa Institucional Sistema de Pensiones en Colombia	116
Figura 2. Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones, en porcentaje del PIB	181
Figura 3. Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones en el escenario base y en un escenario de ampliación de cobertura bajo varios supuestos	182
Figura 4. Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones en el escenario base y en un escenario de mayor formalización, en porcentaje del PIB	182
Figura 5. Diagnóstico: Sostenibilidad	186
Figura 6. Beneficios de los distintos sistemas pensionales en Colombia dependiendo de los salarios de contribución.	188
Figura 7. Beneficios de los distintos sistemas pensionales en un escenario multipilar RPMRAIS	188
Figura 8. Estimaciones de cobertura previsional futura del sistema colombiano, periodo 2015-2075	189
Figura 9. Distribución de afiliados por edad	192
Figura 10. FACTORES EXTERNOS A CUALQUIER SISTEMA PENSIONAL	196

Figura 11. Evolución jurisprudencial de la fundamentalidad del derecho a la pensión en Colombia	215
Figura 12: Ejemplo; sentencias que impactan el seguro previsional	217
Figura 13. Personas mayores que reciben pensión	219
Figura 14. Población mayor de 60 y 80 años	223
Figura 15. Población en edad de jubilación que recibe pensión	224
Figura 16. Resumen de la actual configuración del sistema de protección a la vejez en Colombia	230
Figura 17. Pensiones mínimas en América Latina y la OECD, Relativas al PIB per cápita	232

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de una política pública del derecho a la pensión de vejez, está estrechamente ligado a la conformación de garantías, por lo que las políticas públicas deben buscar y responder a una de las mayores preocupaciones de la sociedad colombiana, en la cual se considera la situación de la pensión de vejez. Partimos de la base de que toda comunidad por pequeña que sea debe generar una política del derecho a la seguridad social; se debe convertir en parte del eje en torno del cual se nuclea el *derecho de la pensión de vejez* y se generen efectos cinérgicos que aceleren el cumplimiento del mismo. Es así como, la Constitución de 1991, en el artículo 48 garantiza el derecho a la pensión de vejez⁷ para sistematizar relaciones de seguridad social, se presenta como una garantía constitucional, y hacer posible, real y efectivo el “derecho a la vida” (artículo 11 de la Constitución). Se busca cumplir así la finalidad de *lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social* (Artículo 1º de C. S. del T.).

La legitimidad y gobernabilidad del régimen político e institucional, además de atender al ejercicio del poder, tiene en cuenta la capacidad de satisfacer las expectativas de los ciudadanos en lo referente a una política de seguridad social y, específicamente, en el otorgamiento de la pensión de vejez dentro de los parámetros señalados por convenios y tratados internacionales en un Estado Social de Derecho. Es un derecho subjetivo que comporta una función estructural, que se ejerce al interior de la sociedad, en cuanto funda una forma de ejecución y de reafirmación de un “Estado Social y Democrático de Derecho”; no instituye un simple

⁷ Ley 74 de 1968, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este derecho se encuentra garantizado, en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

derecho de un particular o un fin en sí mismo, sino una anomalía social cardinal en una sociedad democrática, y debe ser protegido y reconocido por todas las ramas y órganos del Poder Público. Su naturaleza jurídica no se encuentra en el derecho privado, sino en un derecho autónomo de orden público, de derecho público o derecho social.

Al establecer lo que legalmente se ha definido en Colombia como *pensión de vejez*, y el sistema establecido en la Ley 100 de 1993, en los diferentes regímenes, y encontrar los mecanismos de Protección al Sistema de Pensión de Vejez; se debe buscar la construcción de un sistema que fortalezca el Estado de Derecho en el territorio del país, proteja a la población de todos los sectores sociales y, asegure la viabilidad de la democracia y afiance la legitimidad del Estado de Derecho, a la pensión de vejez que obligue al Estado a conducirse, donde se incluya el derecho de participación social, los derechos del Pensionado por Vejez, y el *fortalecimiento* del Sistema Pensional de Vejez en un Estado Social de Derecho.

Es así que, el cuerpo central del trabajo lo constituyen los capítulos dedicados a la reconstrucción crítica del proceso de formulación e implementación, así como al examen de las disertaciones aprendidas. Por último, se presentan recomendaciones para la formulación de un nuevo plan de acción. Como se propondrá, se hará el análisis únicamente en relación con la tensión que parece darse en forma originaria, entre el derecho a la pensión y la "*libertad económica*"⁸, ambos derechos de la esfera constitucional. Para tal efecto, el plan de trabajo se estructura en dos partes, comenzando de lo más general a lo que particularmente nos interesa, el sistema de "pensión de vejez en un *Estado Social de Derecho*".

⁸ El derecho a la libertad económica se tomará para efectos del presente estudio, en los términos del artículo 333 de la Constitución de 1991.

Considerando la importancia de este tema y que dentro del mundo del derecho es un área estudiada, pero poco profundizada. A su vez haremos una introducción en la materia, señalando el concepto, y sus características, con las nuevas dimensiones para luego describir el Estado Social de Derecho en Colombia en la Constitución de 1991.

En la segunda parte, capítulo tres es necesario explicar los motivos de las leyes que regulan el sistema general de pensiones y los regímenes en la pensión de vejez, analizando el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual. El derecho pensional de vejez, en los Tratados y Convenios Internacionales de la OIT, igualmente será necesario abarcar las definiciones de los diferentes modelos que se han trasladado a la seguridad social, constituidos como el contexto en que se han fundamentado la mayoría de los países latinoamericanos, identificando posteriormente el concepto de Pensión de Vejez.

En el capítulo Cuatro se iniciará con Perspectiva Fiscal; de como en América Latina un gran porcentaje de la población corre el riesgo de quedarse sin una pensión mínima, y como garantizar el acceso equitativo de los ciudadanos a una pensión. La Protección al Sistema de Pensión de Vejez en la Jurisprudencia, determinando los derechos del Pensionado por Vejez como Estado Social de Derecho hasta llegar a identificar las formas de fortalecimiento del Sistema Pensional de Vejez en un Estado Social de Derecho. Culminando con el concepto de pensión de vejez y con los derechos del pensionado por vejez como *Estado Social de Derecho*. Valorando la eficacia y garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales establecidas por el Estado y por los mismos organismos internacionales sobre la materia; fijar la responsabilidad jurídica y política del Estado ante a este derecho; evaluar los aspectos tanto jurídicos como políticos que de cara a éste, el País presenta y

proponer mecanismos para su fortalecimiento; y, por último teniendo la pensión de vejez como medio eficaz, se plantea el verdadero papel que en todo este contexto deben asumir las instituciones públicas, el sistema político, el sector privado y la sociedad civil.

Finalmente, se formula una conclusión general relativa a la utilidad y proyección práctica, con el esfuerzo del trabajo de investigación realizado desde Instituciones; es decir, la mejora de la protección del derecho a la seguridad social a través de una ponderación de los elementos que permiten la exigencia de responsabilidad constitucional e internacional al Estado colombiano.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO

1.1. Planteamiento del Problema

Esta investigación pretende examinar críticamente la Pensión de Vejez en el Estado Social de Derecho colombiano que preceptuó la Constitución de 1991, fundamental para la protección de su población pensional, de conformidad con los Regímenes establecidos en la legislación. Por cuanto la garantía de la igualdad para la libertad, desarrollada por Doehring, para constituir un derecho a una *pensión*, en dos regímenes desiguales, no responde al sistema del *Estado Social de Derecho*, como fórmula en función de la libertad humana planteada por Heller, ni de un Estado social de derecho en el ejercicio de la dignidad humana. La situación que coexiste hace indispensable intensificar esfuerzos para consolidar un esquema formativo y valorativo de este *derecho, a la pensión de vejez*, y examinar críticamente el alcance de los conflictos concernientes a las políticas públicas y su ejecución para la pensión de vejez, en el sistema de un Estado Social de Derecho.

En tal sentido, es preciso que las entidades correspondientes en su situación de garantes constitucionales y legales asuman responsabilidades, y se adjudiquen las competencias que les conciernen, ante la situación de propagación de demandas, por lo que es posible constatar la congestión de las instancias nacionales.

Donde los ciudadanos, tengan derecho a una pensión igual en los regímenes impuestos y que a su vez se garantice que el derecho a la pensión cubra a las

futuras generaciones debido a la falta de eficacia en la *prestación de servicios por parte del Sistema de Seguridad Social*, que es correlativo a la satisfacción de derechos constitucionales, puede deberse a dos tipos de causas: 1. Aparentemente de tipo logísticas, técnicas o administrativas, en definitiva económicas, lo que daría lugar a una investigación de tipo empírico, el análisis de esas causas; 2. Afectadas con el propio esquema legal del *Sistema de Seguridad Social Integral*, y con las dables contradicciones y colisiones que el Sistema en mención *puede crear entre diferentes derechos*. Por lo que, da lugar a una investigación preponderantemente de tipo analítico-jurídico⁹, el análisis de esta causa, tal como la presente¹⁰

Por lo consiguiente la pregunta a responder es ¿La pensión de vejez en el ordenamiento jurídico vigente a partir de la Constitución de 1991, responde al presupuesto de un Estado Social de Derecho, sobre los principios de universalidad y de igualdad ?.

1.1.1 Justificación

⁹“Los problemas analíticos, son aquellos cuya respuesta depende o se busca en un análisis del significado de las palabras que los expresan”. Para Bartolini, “los problemas analíticos son esencialmente problemas lingüísticos y conceptuales, cuya solución no depende de la confrontación con la realidad empírica, sino de la definición de las palabras en las frases que los expresan; son pues, problemas semánticos”. Igualmente, expresa que “los problemas normativos son aquellos cuya resolución depende necesariamente de juicios de valor referidos a lo que es preferible, deseable o moral”. Según “BARTOLINI, Stefano. Manual de Ciencia Política. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 41”. A su vez, en “Lamprea Rodríguez, se efectúa un trabajo de análisis cuando tiene que formarse una opinión sobre cada uno de los elementos que integran un todo jurídico ...procede por análisis todo aquel que desata o libera, para su consideración particularizada, cada uno de los elementos que integran un todo ‘complejo’. Véase LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Metodología del derecho. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1982, p. 163”.

¹⁰Toda vez que, problemáticas “derivadas de factores de índole meramente filosófica, sociológica o de cualquier otra causa diferente’ a ‘consideraciones normativas’, o de tipo empírico, no serán objeto de la presente investigación. Pero esto no significa que tales lecturas o aspectos conceptuales no sean importantes para el análisis del derecho a la pensión en Colombia o para la eventual demostración de su ‘ineficacia fáctica’, sino que, por el objeto propuesto de investigación, este no es el espacio para tal efecto”.

De acuerdo a lo anterior, la presente investigación se justifica por cuanto, a partir de la Constitución Política de 1991, la *pensión de vejez* desarrollada con las normas que le precedieron como la Ley 100 del año 1993 y demás, donde se estableció el *régimen de ahorro individual* administrado por el sector privado, responde o no al sistema de un *Estado Social de Derecho*, desde las concepciones de los autores alemanes Karl Doehring y Hermann Heller, debiéndose extender a toda la población que cumpla los requisitos mínimos de concesión.

Al analizar la problemática frente a la vejez, que en Colombia se ha visto considerablemente perturbada en los últimos años por la falta de protección y garantía Constitucional por la persistencia y gravedad de las omisiones por el Estado, ante la ausencia de políticas públicas que hagan efectivo el derecho a la pensión. También establecer cuál ha sido verdaderamente el otorgamiento de la pensión de vejez a partir de la Constitución del año 1991, sus niveles de satisfacción a quienes pretendieron llegar a ella, y cuáles no se otorgaron. De ahí que el Gobierno Nacional y las autoridades públicas en su conjunto deben asumir estas problemáticas, con políticas públicas, fortaleciendo la acción del Estado y el apoyo de los diferentes organismos estatales; en procura de confrontar los fenómenos y factores que afectan la situación del otorgamiento de la *pensión de vejez* de los habitantes del país, entendido como el deber del poder público en todas sus actuaciones y la clave para la legitimación diaria del Estado Social de Derecho.

1.1.2. Objetivos

1.1.2.1. Objetivo General

En este escenario, la presente construcción se propone encontrar si verdaderamente como quedó consagrada la *pensión de vejez*, en la ley y sus reformas posteriores corresponde a un Estado de Derecho, para que verdaderamente sea, concebida dentro de un Estado Social de Derecho de conformidad a las teorías de Karl Doehring y la de Hermann Heller¹¹, que tal como lo exponen los anteriores autores respondan a los principios de Universalidad y de igualdad. La fundamentalidad del derecho a la *pensión de vejez* como una prestación derivada de la seguridad social, está dirigida a la protección de la vida de los usuarios y la de sus familias, en cuanto a lograr una subsistencia digna y, así como también para determinar el impacto de esta situación sobre la totalidad del ordenamiento jurídico.

El objetivo general de esta investigación es demostrar si efectivamente la pensión de vejez que desde la misma Constitución donde señala que existe un Estado Social de Derecho y a su vez el derecho a la *pensión* se garantiza bajo esos presupuestos constitucionales, los principios de igualdad y de Universalidad para otorgar la pensión al cumplir los requisitos que establece la ley.

¹¹ Que debe responder a los principios de Universalidad, de Igualdad, al principio de *la protección a las personas de la tercera edad (artículo 4 Constitucional)*, *al respeto a la dignidad (artículo 1º)*, y *al derecho a la seguridad social (artículo 48) y, especialmente, con el derecho a la vida (artículo 11) que tiene el carácter de fundamental*

Para los aspectos metodológicos, el objetivo consistió en comprobar la normatividad de la *pensión de vejez* en Colombia, su congruencia con el Estado Social de Derecho, a partir de la Constitución de 1991; se diseñó un protocolo de evaluación de argumentación, a partir de las *teorías del Estado* del razonamiento judicial desde las concepciones de los tratadistas Heller y Doehring. Lograr conceptualizar que las políticas públicas generalmente (su eficacia), en cuanto a la *pensión de vejez*, corresponden al sistema de un *Estado Social y Estado de Derecho*, que contribuya al desarrollo y, a la cohesión de unos derechos sociales. Se usaron estrategias cualitativas con técnicas de análisis,

“al abordar lo real, en tanto proceso cultural, desde una perspectiva netamente subjetiva, se busca comprender los múltiples sentidos de las acciones humanas en su generalidad, particularidad y singularidad”¹².

1.1.2.2. Objetivos específicos

Una vez identificado este derecho como fundamental para proteger a la población pensional, que tiene unas características que se enuncian de manera general y se demuestran en esta investigación, se tendrá como objetivos específicos:

1. Describir el Estado Social de Derecho en Colombia, según lo señalado por vía jurisprudencial, selectiva.
2. Explicar los derechos del pensionado por vejez como *Estado Social de Derecho*.
3. Clasificar los regímenes de Pensión de Vejez según la Ley 100 de 1993.

¹²GONZÁLEZ AGUDELO, MARÍA ELVIA. Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. Revista discusiones filosóficas, 2011, pp. 12(18), 123, 125-143.

4. Explicar el aspecto fiscal del Sistema General de Pensión de Vejez.

1.1.3.Hipótesis

Por lo anterior, al tratarse de una investigación de enfoque básico con componente jurídico, la investigación parte de la siguiente hipótesis: en Colombia la pensión de vejez señalada por la Constitución colombiana de 1991 y desarrollada por la ley 100 de 1993, no otorga el alcance de los principios de universalidad y de igualdad, sobre unos regímenes pensionales totalmente diferentes y contradictorios uno de naturaleza pública y otro de naturaleza privada totalmente excluyentes. De esta forma se constituye un derecho a una *pensión*, en dos regímenes desiguales, que no responden al sistema del *Estado Social de Derecho*, como fórmula en función de la libertad humana planteada, ni en el ejercicio de la dignidad humana.

Las políticas públicas deben buscar y responder a las mayores preocupaciones de la sociedad colombiana, quien considera el fenómeno de la *pensión de vejez* como uno de los principales problemas más graves del país.

Lograr un equilibrio o la síntesis entre la democracia y los fines sociales de toda estructura institucionalizada de poder (justicia social), entre el bienestar social y el desarrollo económico. Tal propósito se logra mediante la satisfacción progresiva de las necesidades vitales básicas insatisfechas, de las amplias masas de población menos favorecidas, la educación y la cultura, la corrección gradual de las estructuras injustas originadas en el abuso del tener, la salvaguardia eficaz de los bienes públicos, el respeto de los *derechos humanos*, y el encuadramiento de la

iniciativa privada y de la libertad de empresa en un marco jurídico que las ponga al servicio del desarrollo integral del ser humano, y, sobre todo, haciendo que lo proclamado en la Constitución se haga realidad.

1.2. Marco Referencial

1.2.1. Estado del Arte

La titularidad del derecho a la Pensión de Vejez, obedece a normas nacionales principalmente a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia (1991) e internacionales que la identifiquen como tal. Artículos 33 a 37, 64 a 68 La Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2002. Y así, determinar las normas Internacionales del Trabajo, el Derecho Pensional de Vejez, los Tratados y Convenios Internacionales de la OIT y la *protección a la pensión de vejez*. Por ende, robustecer sus posibilidades para el cumplimiento de los deberes sociales a su cargo, por los compromisos internacionales adquiridos, frente a los *derechos sociales, económicos y culturales* de la población. Lo que conduce a la realización integral del Estado Social de Derecho.

Analizado fundamentalmente el Derecho a la Seguridad Social como derecho humano, no sólo descrito dentro de un gran catálogo de derechos, sino también la justiciabilidad de derechos, en particular aquellos conexos con los derechos humanos. Los instrumentos internacionales de seguridad social pueden ser de carácter declarativo de principios, como el Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo (28-06-1952), que no ha sido acogido por Colombia por cuanto el compromiso es bastante grande aun para países desarrollados por cuanto este apunta es para países industrializados, presentándose una formación progresiva de un derecho de la seguridad social aplicable a nivel mundial: explica que hay una relación automática entre las pensiones y los salarios, que aunque no ha sido aprobado por Colombia, no admite duda por el artículo 53 de la

Constitución¹³, que ubica dentro del *estatuto del trabajo la garantía de la seguridad social* y el derecho al *pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales*. Se hace referencia a instrumentos jurídicos de la OIT porque, aunque no se hayan aprobado convenios sobre seguridad social, de manera directa, existe conexión con otros Convenios, el 100 y el 101, que si fueron *ratificados por Colombia e integran el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto*.

La legitimidad y gobernabilidad del régimen político e institucional no solo atiende al ejercicio del poder sino a la capacidad de satisfacer las expectativas de los ciudadanos en cuanto a una política de seguridad social y específicamente en el otorgamiento de la pensión de vejez dentro de los parámetros señalados por convenios y tratados internacionales en un *Estado Social de Derecho*.

El derecho a la pensión de vejez presupone no sólo que hay principios, sino el reconocimiento a los mismos en el Estado Social de Derecho, en el campo de la *Seguridad Social* y específicamente en la Pensión de Vejez.

En Segundo lugar, las definiciones de los modelos Beveridge en Inglaterra y el alemán de Bismark, orientadores de la *política social europea del siglo XIX*, soporte de las políticas sociales de América Latina, con la Constitución de Weimar de 1919, es fundamento del *constitucionalismo social* y el *Estado bienestar* y el reconocimiento del derecho de los trabajadores, al cubrimiento de una *pensión de vejez*.

¹³Por disposición expresa de su inciso cuarto, todos los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna.

En tercer lugar, determinar las normas internacionales del trabajo y el *derecho pensional de vejez* los Tratados y Convenios Internacionales (de la OIT), y la protección a la *pensión de vejez*, así como fortalecer sus posibilidades para el cumplimiento de los *deberes sociales* a cargo del establecimiento, por los compromisos internacionales adquiridos, frente a los *derechos sociales, económicos y culturales* de la población.

En cuarto lugar, establecer lo que legalmente se ha definido en Colombia como *pensión de vejez*, y el sistema establecido en la Ley 100 de 1993, en los diferentes regímenes, y encontrar los mecanismos de protección al Sistema de Pensión de Vejez, se debe buscar la construcción de un sistema que fortalezca el Estado de Derecho en el territorio del país, y proteja a la población de todos los sectores sociales, y asegure la viabilidad de la democracia y afiance la legitimidad del Estado de Derecho en la Pensión de Vejez que lo obligue a actuar, donde se incluya el derecho de participación social, los derechos del Pensionado por Vejez, y el fortalecimiento del Sistema Pensional de Vejez en un Estado Social de Derecho. En conclusión, para la integra realización del Estado Social de Derecho.

Esta situación actual permite producir una investigación y un nuevo conocimiento, acerca de la desigualdad en la *pensión de vejez* en el *Estado Social de Derecho*.

Respecto al marco jurídico conceptual de la investigación, “parte de la noción de ordenamiento jurídico como *el conjunto de normas coherentes y armónicas que forman entre sí un sistema unitario*”¹⁴. Se tendrá como referente la concepción del

¹⁴“De tal noción se deduce las características del ordenamiento jurídico, las cuales serían esencialmente las de: unidad, coherencia y plenitud. Es obvio que las características enunciadas responden a un deber ser de los ordenamientos jurídicos. De allí que en la realidad se presenten al interior de los sistemas jurídicos tensiones y conflictos en las relaciones entre las normas que componen dichos ordenamientos”. En BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Barranquilla: Colección Jurídica, Ediciones Uninorte, 2007, p. 11. La organización armónica de los ordenamientos es de difícil conclusión y tales relaciones

Estado Social y las teorías del Estado constitucional, en cuanto a la lectura del sistema jurídico que fundamenta los derechos en cuestión. Por tanto, tal asimilación se hace de manera principal de los derechos fundamentales sociales y la Constitución como una fuente del derecho y no sólo como fuente de las fuentes del sistema jurídico¹⁵. Para este trabajo de investigación, la “ineficacia” se utilizará – como negación de la “eficacia”¹⁶– se entenderá como el *no cumplimiento* de la preceptiva relacionada con el tema que nos ocupa por parte de las administradoras de fondos de pensiones, de las normas referentes al derecho a la pensión y en especial de las relacionadas con el Sistema General de Pensiones.

En el campo de la Jurisprudencia existen Fallos de la Corte Constitucional donde se plantea la discusión entre el reconocimiento a la Pensión de Vejez, y los Principios y Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho. De allí, tanto con las sentencias, citas y resúmenes referenciados en las “*sentencias hito*”¹⁷, para esta investigación, se realizó el estudio respectivo de los puntos, de mayor cambio en

concluyen en indeterminaciones lógicas, definidas como aquellas que se generan, precisamente, a partir de dichas relaciones entre normas jurídicas”. “NINO, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Asprea, Buenos Aires, p. 94”.

¹⁵Véase AGUILÓ REGLA, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Bogotá: Palestra editores, Temis, 2004, pp. 96-97.

¹⁶“La validez de una norma jurídica en un ordenamiento jurídico determinado también depende de su cumplimiento y de su aplicación, es decir, de su eficacia y no sólo de su vigencia (existencia)”. “Una norma jurídica es eficaz como *cumplimiento*, en el sentido más amplio y a la vez más sencillo que cabe atribuir al adjetivo ‘eficaz’ (en el sentido ‘material’ o ‘externo’), si la acción que la norma prescribe es, en realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma; como *aplicación* ... el hecho que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento”. El autor citado “distingue entre la eficacia jurídica de las normas como cumplimiento y como aplicación (y como éxito)”. En “Hierro, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003, pp. 71 y ss. –eficacia de las normas jurídicas como cumplimiento– y pp. 139 y ss. –eficacia de las normas jurídicas como aplicación–”.

¹⁷Paso denominado por López Medina como ‘ingeniería reversa’. Ob. cit. p. 170. Véase LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Séptima reimpresión, Universidad de los Andes. Bogotá: Legis, 2009, pp. 167 y ss.

cada tema, las sentencias de mayor inflexión en cada uno, como con las sentencias que posteriormente analizaron el tema en cuestión¹⁸. Se trató de hallar las líneas fuertes, sobre los aspectos doctrinales de cada uno de los derechos objeto del trabajo.

Referente al tema de las pensiones en un acercamiento al tratamiento de las mismas es bueno destacar los docentes profesor ÓSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ, la obra PENSIONES Librería Ediciones del Profesional Ltda., año 2012; donde se refiere a la construcción de las pensiones en el tiempo y en el espacio y la garantía judicial que el Estado debe de respetar frente a una reforma pensional en pensiones en vía de construcción, sobre elementos constitucionales e internacionales.

El Capítulo titulado PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD, del libro LA PENSIÓN COMO PREMIO O DERECHO, de la doctora ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, año 2011 donde señala que las personas deben tener derecho a una pensión de vejez partiendo de los principios como la edad y la prestación del servicio, pero igualmente abordando aspectos de dependencia económica o la acreditación de la calidad del servicio.

El libro titulado LA POLÍTICA DE PENSIONES EN EL ESTADO SOCIAL EN TRANSFORMACIÓN: Aspectos críticos. Colección Trabajo y Seguridad Social. Dirigida por José Luís Monereo Pérez, Editorial Comares, año 2010; donde destaca para el caso español el evaluar una necesidad de equilibrio a largo plazo entre las cuentas del sector público y las del sistema de seguridad social, de un país

¹⁸“Sin pretender analizar la estructuración o no de una línea jurisprudencial, sino de buscar los principales cambios o reiteraciones jurisprudenciales sobre los asuntos analizados”.

relacionando las aportaciones al Estado de bienestar y las prestaciones que se esperan del mismo.

1.2.2. Aspectos Metodológicos

En la búsqueda de un aporte al saber jurídico, el enfoque que situó la investigación fue el hermenéutico, para lo cual, se parte de las vivencias personales en el ejercicio profesional del derecho, en un estudio permanente de la normatividad, durante los treinta y cinco años de ejercicio profesional del derecho; en cuanto tales vivencias producen en el ser, el deseo de emprender la aventura de una investigación con un método comparativo, a partir de entonces son intencionales, se traducen en estructuras de sentido, se registran, se abarcan como actos de conciencia¹⁹.

La experiencia hermenéutica, mediante la estructura y el proceso, establecen las circunstancias en las cuales se advierte el equilibrio financiero como principio del sistema pensional y su incidencia en el acceso al derecho fundamental a una pensión en el régimen de prima media con prestación definida de esta manera:

La experiencia hermenéutica se construye a partir de las vivencias. Ambas, la experiencia y las vivencias son singulares. Así, la experiencia hermenéutica se vive mediante el proceso y la estructura. El proceso, como un continuo en el tiempo, se desarrolla a través de los prejuicios, la reflexión, el análisis, la comprensión, la interpretación y la síntesis de las estructuras de sentido. La estructura hermenéutica se manifiesta en el círculo de la comprensión que va creciendo concéntricamente en tanto va relacionando el todo con sus partes en fusión de horizontes²⁰.

¹⁹ *Ibíd*em Ob.

²⁰ *Ibíd*em, Ob. cit. p. 127.

Por medio del referido proceso hermenéutico, posibilitó la investigación, interactuar con los textos -literatura especializada, jurisprudencia y normativa- hasta alcanzarla fusión de panoramas: el análisis sobre el principio del equilibrio financiero en el “sistema general de pensiones”, en tanto todo, y equilibrio financiero, sistema general de pensiones, derecho fundamental a una pensión, régimen de prima media con prestación definida, en tanto partes; perspectivas en aleación, que se manifiesta en el convenio, es decir, en una conceptualización sobre el principio del equilibrio financiero en el sistema general de pensiones y su incidencia en el derecho fundamental a una pensión en el régimen de prima media con prestación definida en Colombia.

1.3. Metodología

1.3.1 Tipo de investigación

El enfoque de la investigación es jurídico, con componente Social. Dicho enfoque Jurídico no puede sustraerse a la naturaleza del objeto de estudio. Este objeto se halla ubicado en el conjunto de normas, que desde la misma Constitución señalan que existe el *Estado Social de Derecho a la pensión*, pero no puede sustraerse a la *realidad social* del desconocimiento de la *pensión de vejez*.

Es una Investigación que corresponde a la descriptiva-explicativa, por lo cual busca caracterizar el desconocimiento del Estado Social de Derecho, y la desigualdad existente al no otorgar la pensión de vejez, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

Para el Estado colombiano es estratégico el apoyo y acompañamiento de los diferentes entes estatales para superar este fenómeno, mediante el incremento de la confianza pública en las instituciones, y en suma, el fortalecimiento del Estado Social de Derecho.

1.3.2 Método de investigación

Se estructura dentro de un estudio de investigación no experimental transversal exploratorio, se lleva a cabo utilizando técnicas cuantitativas como modelo de aproximación al fenómeno jurídico.

Se utilizará el método de investigación Básica y Teórica, al estudio de la Constitución Nacional, la Ley, la Jurisprudencia, y el Derecho comparado.

Se trata de una investigación exploratoria, por cuanto no existen investigaciones, que relacionen el Estado Social de Derecho y la Pensión de Vejez; tendiente a determinar la opinión o el impacto del derecho a la Pensión de Vejez, aplicado a los particulares y servidores públicos.

Al establecer lo que legalmente se ha definido en Colombia como *pensión de vejez*, y el sistema establecido en la Ley 100 de 1993, en los diferentes Regímenes, y encontrar los mecanismos de Protección al Sistema de Pensión de Vejez; se debe buscar la construcción de un sistema que fortalezca el Estado de Derecho en el territorio del país, proteja a la población de todos los sectores sociales y, asegure la viabilidad de la democracia y afiance la legitimidad del Estado de Derecho, a la pensión de vejez que obligue al Estado a actuar, donde se incluya el derecho de

participación social, los derechos del Pensionado por Vejez, y el *fortalecimiento* del Sistema Pensional de Vejez en un Estado Social de Derecho.

En la concepción del *Estado Social de Derecho* en Colombia los pronunciamientos destacables se han dado por vía jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional, los principios establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional no son meramente una pieza del conocimiento intrínseco de la Constitución, sino su motor. Además de su valor heurístico, pueden aducirse en su apoyo las siguientes razones.

Existen investigaciones acerca del Estado Social de Derecho, en Doctrina, autores como ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado de Derecho Democrático y Social*, en MOSQUEDA, Susana (Coord.). El derecho fundamental de igualdad, escritos políticos. Ed. Palestra, Lima 2006. FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho – El Estado Social*. Y en Sentencias de la Corte Constitucional Nms. T-409 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; C- 012 de 1.994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; C-230 de 1998, M.P.: Jaime Araujo Renteria; C-727 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa; C-086 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas. E igualmente Sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia Núm. 33558 del 1º de diciembre de 2009, M.P.: Camilo Tarquino Gallego.

Al igual que de la Pensión de vejez en autores como ETALA, Carlos A. *Derecho de la seguridad social. 3ª edición actualizada y ampliada. 1ª reimpresión*. EDITORIAL ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA. Buenos Aires, 2000, TORRES CORREDOR, Hernando. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PENSIONES. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Volumen III, Segunda edición. Bogotá, 2.002. Y en Sentencias como; T-759 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; T-518 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-1037 de 2003; Núm. 37252 del 7 de

Septiembre de 2010, M.P.: Eduardo López Villegas; Núm. 29907 del 3 de Abril de 2008, M.P.: Gustavo José Gnecco.

Esta situación actual permite producir una investigación y un nuevo conocimiento, acerca de la desigualdad de la *pensión de vejez* en el *Estado Social de derecho*.

1.3.3. Fuentes

Se utilizan fuentes secundarias entre ellas las estadísticas, que permitan establecer la cantidad de otorgamientos de *pensión de vejez*.

En lo que se refiere al análisis de la información obtenida de los resultados de investigaciones, son las unidades de análisis identificadas como; Jurisprudencia, Doctrina y Ley.

Aun antes de que existieran las Naciones Unidas o se redactara la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo ya elaboraba y aplicaba una amplia variedad de normas provenientes de declaraciones relacionadas con *derechos* en el *trabajo* (o derechos laborales). Como resultado de una centuria de constantes sacrificios en el nivel internacional y nacional, liderados por las iniciativas de los trabajadores de diversos países; las normas de *derechos humanos* relacionadas con el *trabajo* están muy desarrolladas. Si bien es cierto que la realización efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales dentro de un Estado Social de Derecho debe sujetarse preferentemente a los designios de la voluntad democrática, también lo es que la alternativa de la aplicación inmediata por los jueces y tribunales no es del todo ajena a este tipo de derechos. El efectivo goce de los derechos dependerá primordialmente de la conducta que despliegue el Estado en el ámbito interno. En efecto, “no debe ignorarse que sólo la efectiva

protección en el ámbito interno puede asegurar la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos” (Abregú, Martín)²¹. La actuación del Poder Judicial, al ser el último garante de los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico, deviene fundamental para la tutela real de los derechos y garantías del individuo. En consecuencia, una tarea clave que deben emprender los activistas es la de promover la aplicación de los *tratados de derechos humanos* por los *tribunales nacionales*.

La titularidad del derecho a la *pensión de vejez* obedece a normas nacionales principalmente a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia (1991) e internacionales que la identifiquen como tal. Artículos 33 a 37, 64 a 68 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2002. Determinar las normas Internacionales del Trabajo, el Derecho Pensional de Vejez, los Tratados y Convenios Internacionales de la OIT. y la *protección a la pensión de vejez*. Así como fortalecer sus posibilidades para el cumplimiento de los deberes sociales a su cargo, por los compromisos internacionales adquiridos, frente a los derechos sociales, económicos y culturales de la población. En suma, para la realización integral del Estado Social de Derecho.

Por tratarse de una investigación jurídica basada fundamentalmente en: 1) El estado Social de Derecho; 2) Normas constitucionales o derivadas de tratados internacionales; 3) leyes de la República; 4) Jurisprudencia -en el ámbito nacional- de la Corte Constitucional, y Corte Suprema de Justicia -el carácter de la misma está marcado por las construcciones teóricas que desde el derecho se vienen haciendo.

²¹*La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (Cels, Del Puerto, 1997). En el mismo sentido y con relación al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ver Buerghenthal Thomas y Cassell Douglas, *The Future of the Inter-American Human Rights System*, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1.998, pp. 539-571.

Son Investigaciones realizadas concordantes o cercanas al problema de investigación en el orden nacional e internacional, y posteriormente al realizar una consulta en publicaciones especializadas como; LAS PENSIONES de Óscar José Dueñas Ruiz, Librería Ediciones del Profesional Ltda.; el Capítulo titulado PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD, del libro LA PENSIÓN COMO PREMIO O DERECHO, de la doctora ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA y; el libro titulado LA POLÍTICA DE PENSIONES EN EL ESTADO SOCIAL EN TRANSFORMACIÓN: Aspectos críticos. Colección Trabajo y Seguridad Social. Dirigida por José Luís Monereo Pérez, Editorial Comares.

En el campo de la Jurisprudencia se analizarán las tendencias que acerca de las Teorías del Derecho a la Pensión se han señalado en las Sentencias destacables de la Corte Constitucional donde se plantea la discusión entre el reconocimiento a la Pensión de Vejez, los Principios y Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho; jurisprudencias como las Sentencias de la Corte Constitucional Nros. T-409 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; C- 012 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; C-230 de 1998, M.P.: Hernando Herrera Vergara; T-759 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; T-518 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-1037 de 2003, M.P.: Jaime Araujo Rentería; C-727 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa; C-086 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas; e igualmente Sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia Nro. 33558 del 1º de Diciembre de 2009, M.P.: Camilo Tarquino Gallego; Nro. 37252 del 7 de Septiembre de 2010 M.P.: Eduardo López Villegas; Nro. 29907 del 3 de Abril de 2008, M.P.: Gustavo José Gnecco; C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Este tipo de investigación implica recopilar datos en un solo momento dicho razonable, circunstancias de modo, tiempo y lugar, siendo su propósito ofrecer un panorama del Estado de una o más variables e índices en uno o más grupos de

personas u objetos, y mirar sus relaciones fenomenológicamente asociadas, en una aproximación holística que permita comprender la problemática de la evaluación de la Pensión de Vejez identificada como; principio de derecho en la Constitución colombiana de 1.991, en relación a las políticas de derechos y del Estado Social de Derecho planteadas por las directivas de carácter nacional y los factores que inciden sobre la misma, para colegir de dicha realidad las medidas que se deben tomar para superarla.

CONCEPTOS BÁSICOS

Tabla uno (1) de palabras clave que describan las sub-áreas del conocimiento relacionadas: ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Key words: SOCIAL STATE LAW.

Término:	Estado
RT:	Gobierno
English term:	State
Término:	Social
RT:	Bienestar social
English term:	Social
Término:	Derecho
RT:	MT6.10 Derechos humanos TG Derechos civiles TG Derechos sociales y económicos
English term:	Law
RT:	Justice Regulations

Tabla dos (2) de palabras clave que describan las sub-áreas del conocimiento relacionadas: PENSIÓN DE VEJEZ.

Key words: OLD AGE PENSION.

Término:	Pensión
BT:	Subsidios de vejez
English term:	Pensions

RT: Retirement pensions

Término: Vejez

BT: TG Grupo de edad

English term: Old age

Tabla tres (3) de palabras clave que describan las sub-áreas del conocimiento relacionadas: SEGURIDAD SOCIAL.

Key words: SOCIAL SECURITY.

Término: TGSeguridad social

RT: MT4.25 Política y bienestar social

UPPrestaciones sociales

English term: Social security

CAPÍTULO I

CONTENIDO DEL CONCEPTO DE “ESTADO SOCIAL DE DERECHO”

SECCIÓN PRIMERA: ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

El artículo 1º de la Constitución estipula; que el Estado Social de Derecho es una palabra con contenido de carácter vinculante y consecuencias jurídicas²². Nombre que da la doctrina al Estado cuya organización político – jurídica de la sociedad, se inspira en el propósito humanista de ofrecer a la actividad estatal un amplísimo campo de despliegue dentro del ámbito de las realidades sociales²³, de hacerla el único medio eficaz de crear las condiciones económicas, políticas, jurídicas, ideológicas, culturales, etc.; con el fin de poder alcanzar la igualdad real y efectiva entre los gobernados, y acabar con la situación de desigualdad, injusticia y pobreza en que se encuentran respecto de las otras clases. Tal propósito se logra mediante la satisfacción progresiva de las necesidades vitales básicas insatisfechas, de las amplias masas de población menos favorecidas, el respeto de los derechos humanos, la educación y la cultura, la corrección gradual de las estructuras injustas originadas en el abuso del tener, la salvaguardia eficaz de los bienes públicos, “el encuadramiento de la iniciativa privada y de la libertad de empresa en un marco jurídico que las ponga al servicio del desarrollo integral del ser humano”.

²² Método sistemático de argumentación. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ La filosofía social implica que no se puede hacer derecho sin prever las realidades sociales, aunque el Estado colombiano es de derecho.

Este tipo de configuración (jurídico-política) estatal²⁴, postulado originalmente por constitucionalistas como HELLER, H., BACHF, O., FECHNER, E., BÄUMLIN, R. y KÄGI, W., busca lograr la síntesis o un equilibrio entre la democracia y los fines sociales de toda estructura institucionalizada de poder (justicia social), entre el desarrollo económico y el bienestar social, y, sobre todo, haciendo que lo proclamado en la Constitución se haga realidad²⁵:

{...} la locución social impuesta por el Constituyente Colombiano ajusta el actuar de las ramas del poder público al concepto social o mejor el concepto social se incorpora al actuar del poder público, teniéndose presente las realidades económicas y políticas. La noción de Estado Social de Derecho es de estirpe liberal, la cual se recogió de las Constituciones de la República Federal de Alemania de 1949, art. 20-1; de España 1978, art. 1.1; Francia 1958, art. 2º; entre otras²⁶.

Al respecto, ha dicho la Corte:

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos²⁷.

Frente a las diferentes concepciones del *Estado Social de Derecho*, nos ubicaremos en las definiciones de los autores alemanes Karl Doehring y Hermann Heller, para

²⁴MADRID, Malo. y MALO, Garizábal. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2005.

²⁵ SEPÚLVEDA PINO, Hernán; Sepúlveda p, Ramón y SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, Carlos F. Diccionario enciclopédico usual de la constitución política de Colombia. Bogotá: Editorial Artes Ltda., 1999.

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Comentada. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., 2014.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-023 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Al respecto ver las Sentencias de la Corte Constitucional, Nros. C-616y SU-623 del 2001, M.P.: Dr. RODRÍGO ESCOBAR GIL, C-130, M.P.: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA, y C-791 del 2002, M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

profundizar, investigar y establecer si a partir de la Constitución Política de 1991, la *pensión de vejez* desarrollada con las normas que le precedieron como la Ley 100 del año 1993 y demás, donde se estableció el *régimen de ahorro individual* administrado por el sector privado, responden al sistema de un Estado Social de Derecho, desde las concepciones de Hellery Doehring.

El tratadista y sociólogo Danés Esping-Andersen, retomando la terminología de Titmus, propone una clasificación de tres formas de Estado de bienestar, centrada en tres características: el rol del Estado, el financiamiento público o privado de las prestaciones y el papel del sector privado. Para ello se simplifica el término, con las cifras de gasto en PIB sirven para comparar necesidades de culturas distintas, por lo tanto, asimilándolo a un país que consagrara 20 por ciento o más de su PIB a transferencias sociales.

SECCIÓN SEGUNDA: CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ COMO DERECHO EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

“*Rerum novarum*”(latín: «De las cosas nuevas» o «De los cambios políticos») (15 mayo 1891), es un documento solemne que dirigió el Sumo Pontífice, Papa León XIII a todos los obispos, se dedicó específicamente a la cuestión social; acerca del surgimiento de las nuevas instituciones laborales de protección del trabajador como son las de Previsión Social entre otras exigencias. La Iglesia buscaba un camino intermedio entre el socialismo marxista y el capitalismo, de esta manera.

Esta encíclica²⁸, proyectó la nueva imagen de la Iglesia católica actual, proponiendo una organización socioeconómica que más tarde se llamaría corporativismo, fue un resumen de muchos asuntos esbozados por la revolución industrial. Como una forma de organización estatal, prorrumpió en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, el concepto de Estado Social de Derecho difiere con el Estado de Derecho liberal en cuanto a sus fines, no se limita solamente a las funciones típicas del Estado gendarme.

El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, no se limita a reconocer unos derechos fundamentales, sino que además funda su legitimidad en la eficacia y observancia de tales bienes jurídicamente protegidos; de ahí que los promueve y tutela como derechos incondicionales y universales²⁹.

²⁸ Es la carta de fundación de la democracia cristiana y una pieza clave de la Doctrina social de la Iglesia.

²⁹El grado de civilización de una sociedad se mide, entre otras, por la manera como coadyuva con los débiles, los enfermos y en general con los más necesitados y no, en cambio, por la manera como permite su discriminación o eliminación. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia como Estado de Derecho, como se conceptualiza la pensión de Vejez frente a estas dos teorías, como garantiza el derecho a la pensión de vejez, y por vía de la protección otorgada por un régimen de transición, con el derecho fundamental a la seguridad social³⁰. Ha dicho la Corte:

10. La cláusula del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador³¹.

Igualmente, sobre el tema pensional y de seguridad social, la honorable Corte Constitucional en diferentes ocasiones ha puesto de manifiesto lo siguiente:

{...} En efecto, el sistema de seguridad social fundado en la Constitución y desarrollo en la Ley, tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos, con base en que el trabajo es un valor esencial y un principio fundante del Estado Colombiano, además de ser un derecho fundamental de los trabajadores, elemento esencial del Estado Social de Derecho...³².

Es necesario analizar el concepto de Estado Social de Derecho y la relevancia que tiene para nuestro país, la Constitución Política de Colombia lo presenta como medio ideal para hacer realmente efectivo el mandato constitucional en lo relativo a la Seguridad Social, determinando con ello la responsabilidad, primero jurídica y

³⁰ Pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 del 2005, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Ob. cit.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 1.997, Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Ob.cit.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2005, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Ob. cit.

luego política que, por la acción u omisión en su cumplimiento, le compete al Estado, mostrando el papel que para su defensa y protección le corresponde a las instituciones públicas, al sistema político, al sector privado si se quiere hacer realmente efectivo el *mandato constitucional* de Colombia como un *Estado Social de Derecho* que propende por un orden social justo en el cual, el derecho a la seguridad social de sus habitantes se encuentra plenamente garantizado. En efecto, el sistema de seguridad social fundado en la Constitución y desarrollado en la ley, tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos, con base en que el trabajo es un valor esencial y un principio fundante del Estado Colombiano (además de ser un derecho fundamental de los trabajadores), *elemento esencial del Estado Social de Derecho*³³.

³³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-004 de 1.993, Dr. CIRO ANGARITA BARON. Ob. cit. y Sentencia C-425 de 2.005, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Ob. cit.

SECCIÓN TERCERA: DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA VEJEZ

El Estado es una creación humana, consistente en relaciones de voluntad; estas relaciones son actos del hombre, relaciones humanas como una derivación del liberalismo, la forma política en la cual el poder se halla sometido, de manera real, a un sistema de normas jurídicas, aparece el Estado de Derecho con la independencia de los Estados Unidos de Norte América y la Revolución Francesa, siendo la protección debida a los derechos de las personas, como su sentido y finalidad, es la concepción que sujeta las Constituciones democráticas de Occidente³⁴; por consiguiente, el concepto social del Estado se apoya especialmente en los siguientes principios: 1) Igualdad, 2) Derechos Económicos y Sociales, 3) Planificación y distribución racional del gasto público social. 4) Participación real, eficaz y efectiva, del pueblo en las decisiones que lo afecten. 5) Respeto de los Derechos Humanos por las autoridades o poderes públicos.

A través de caracteres esenciales, es definido el Estado: entre estos y este, la relación es ontológica; no se trata de cualidades, capacidades o sus dotes, sino de su propia naturaleza (ser), es *tal*, en tanto sus elementos esenciales están presentes³⁵. Los caracteres esenciales del Estado colombiano tienen que ver de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídico-materiales³⁶, sino también con la organización entre poderes y la producción y aplicación del Derecho. En la disociación entre validez y eficacia, los juicios de tipo sociológico, descriptivo, fáctico, como el de efectividad; puede estar en contradicción con el jurídico-formal relativo a la validez.

³⁴ ACUÑA, Percy. Teoría del Estado. LA RAZÓN HISTORICA, N° 16, 2011, p. 84.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-406 de 1992, , Dr. CIRO ANGARITA BARON. Ob. cit.

³⁶ PAREJO ALONSO, Luciano. Constitución y valores del ordenamiento. Estudios sobre la Constitución Española. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

El sentido y aplicación de las normas sobre derechos sociales económicos y culturales, obedece al principio de progresividad. “(...) Las normas que son adscriptas a las disposiciones ius fundamentales bajo la designación “derechos sociales fundamentales”, son de un tipo muy diferente, así:

{...} Desde puntos de vista teórico-estructurales, pueden ser divididos de acuerdo con tres criterios. Primero, puede tratarse de normas que confieren derechos *subjetivos* o de normas que obligan al Estado sólo objetivamente. Pueden, segundo, ser normas *vinculantes* o *no-vinculantes* y, en este sentido ser enunciados programáticos. Una norma será llamada “vinculante” si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional. Tercero, las normas pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, es decir, pueden ser principios o reglas. Si uno combina estos criterios, se obtiene ocho normas de estructura muy diferente, tal como puede apreciarse en el cuadro siguiente de candidatos a adscripción:

Vinculante				no vinculante			
subjetivo		Objetivo		subjetivo		Objetivo	
def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.
“1”	“2”	“3”	4	5	6	7	8

La protección más fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones (1) la más débil; las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones (8). A la luz de esta tabla hay que interpretar las múltiples tesis teórico-normativas que se formulan en el ámbito de los derechos sociales. Ejemplo: el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante (1).

...A las diferencias estructurales se agregan otras de contenido. Especialmente importante es la que existe entre un contenido *mínimo* y

otro *máximo*³⁷. Un programa minimalista apunta a asegurarle ‘al individuo el dominio de un espacio vital y un estatus social³⁸ mínimos’, es decir, aquello que fue llamado “derechos mínimos” y “derechos sociales ‘pequeños’³⁹. En cambio, estamos frente a un contenido maximalista cuando se habla de una “realización plena” de los derechos fundamentales⁴⁰.

...La expresión “derechos sociales fundamentales” es aquí utilizada como concepto superior para las normas del tipo (1)-(8). De lo que se trata es de la elaboración de una propuesta apoyada en la teoría de los principios, que tome en cuenta por igual los argumentos en pro y en contra.

...En tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si un titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a *e* el deber de realizar *h*. Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho. Esto vale... sobre la base del derecho constitucional positivo⁴¹.

Constituciones avanzadas (como la Weimar), consideraba como simples derechos programáticos, los “*económicos, sociales y culturales*”, que el constitucionalismo de la posguerra apreció que son derechos a algo de las personas y por consiguiente derechos (subjetivos), de reconocimiento discrecional, en función de las disponibilidades presupuestales, exigibles ante los jueces; de nada vale la consagración en la Constitución de esos derechos si no existe una apropiación presupuestal que los haga efectivos y un mecanismo jurídico que permita su reclamación. *Al tenor del artículo 48 constitucional, la seguridad social se erige*

³⁷ Con respecto a esta distinción, cfr. con más bibliografía. BREUER, N. R. “Grundrechte als Anspruchsnormen”, p. 95.

³⁸ WILDHABER, L. p. 385.

³⁹ MÜLLER, J. P. pp. 183. Cfr., además, LÜCKE, J. p. 18.

⁴⁰ FRIAUF, K. H. p. 676; Krebs, W. p. 122.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pp. 194-196, 242, 431 y 483-486.

*como un derecho constitucional, que, aunque de carácter social y económico, es irrenunciable. Con respecto al mismo... El amparo constitucional del derecho a la seguridad social, se otorga en virtud de su relación directa con otro derecho fundamental, ...cuya garantía no sería posible sin la protección de aquel*⁴².

El Estado de Derecho, entre tanto como componente jurídico del Estado Social de Derecho, permite que la Constitución, señale en su Artículo Primero (1º) definir a Colombia como un Estado Social de Derecho y en su Artículo 3º determina que la soberanía reside de manera exclusiva en el pueblo; a continuación, el Artículo 4º señala cómo la Constitución es norma de normas y cómo todos los particulares y los servidores públicos están sometidos a ella. El Artículo 29 hace referencia a cómo el debido proceso debe ser aplicado a todas las actuaciones judiciales y administrativas y cómo nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y ante un juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas estableciendo la Carta además que todos los juzgadores de instancia para sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”. Así, con estas y otras disposiciones adicionales, los principios de constitucionalidad, legalidad y seguridad jurídica, inherentes al Estado de Derecho, se hallan presentes en la Constitución Política de Colombia. Adicional a los artículos ya mencionados e íntimamente relacionados con los atributos de un Estado de Derecho, se destacan también en la Carta colombiana el artículo 48, artículos que conforman el Título II:

... “De los Derechos, Garantías y Deberes que señala que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, en sujeción a los principios de eficiencia universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, como servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, que amplíara progresivamente la cobertura de la seguridad social, con la participación de los particulares. La ley definirá los medios para que los recursos destinadas apensiones mantengan su poder adquisitivo constante”

⁴² Corte Constitucional, Sentencia SU-256 de 1996, MP. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

”.

Además, también ha manifestado la Corte que la pensión de vejez o jubilación en cuanto tiene que ver, con la protección a las personas de la tercera edad (artículo 46), con el respeto a la dignidad (artículo 1º), con el derecho a la seguridad social (artículo 48) y, especialmente, con el derecho a la vida (artículo 11), tiene el carácter de fundamental. Así, la fundamentalidad del derecho a la pensión de vejez, como una prestación derivada de la seguridad social, está dirigida a la protección de la vida del actor y la de su familia, en cuanto a lograr una subsistencia digna.

Sobre la interpretación de la fórmula constitucional (Estado Social de Derecho) en Colombia⁴³, es un concepto unitario, con dos aspectos conceptuales bien definidos, sus elementos propios internos, han sido agrupados, por su pertenencia semántica que la doctrina le ha fijado formalmente así: a) posee un ordenamiento en función de la realización de unos derechos denominados fundamentales; y el poder se encuentra repartido en distintas potestades independientes (Títulos V y X); b) legitimado, controlado y, coordinado por un conjunto de normas regidas por una de carácter superior denominada Constitución (*Imperio de la Ley*, artículo 4º de la Constitución); c) y soportado por un ordenamiento lógico (la legalidad de la administración se regula en los artículos 83 a 92), denominado Derecho; d) administrado (el principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado, históricamente adscrito al sistema de vinculación positiva, consta en los artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123) finalmente por jueces imparciales (el acceso o 'apelación', se establece en los artículos 228 a 229). Y En cuanto a la realización de “los derechos y libertades” fundamentales, el “capítulo 4º del Título II”, además de una carta de derechos.

⁴³MADRIÑÁN RIVERA, Ramón E. “El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez”. 2.001, p. 77-96.

{...} La Constitución de 1991 alberga el concepto de Estado Social de Derecho. Por eso se puede observar que en ella se contemplan tanto derechos fundamentales de las personas como deberes de las personas y del ciudadano. Estos deberes están consignados en diversos artículos, si bien un buen número de ellos se encuentran reunidos en el artículo 95...⁴⁴.

Acorde con la parte dogmática de la Constitución, la fórmula misma contiene dos clases de elementos externos:

- De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución, son cuatro los *presupuestos* del Estado Colombiano: Son su base, la *dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general*.
- Son bienes o valores constitucionales de acuerdo con el Preámbulo, el artículo 2º y 366 de la Constitución Nacional, los siguientes *finés del Estado*: La vida (valor superior de carácter especial), la libertad, la igualdad, la justicia, y la prosperidad o bienestar general (principales o 'valores superiores'), el trabajo, el conocimiento, la paz o convivencia pacífica, el orden, el servicio a la comunidad, la *efectividad de los principios, derechos y deberes* constitucionales, *la participación de los individuos en la toma de decisiones relativas* a la comunidad, así como la participación en los diferentes aspectos de la vida de la comunidad, la independencia y la integridad nacionales, y el *mejoramiento de la calidad de vida*.

Los aspectos de la fórmula en mención, nos conducen a uno final y globalizador, en consecuencia, podemos concluir que el Estado Social de Derecho no es solamente una fórmula ontológica, que contiene el ser del Estado; coherente con lo expuesto por la Corte Constitucional, el Estado colombiano es tal, en tanto sus caracteres

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

esenciales, estos y el Estado, la relación corresponde a una definición ontológica del Estado, alude a un elemento esencial de su estructura, que es la declaración expresa formulada por el artículo 1º Constitucional, en el sentido de que *Colombia es un Estado Social de Derecho*.

Además, la fórmula axiológica del Estado conlleva a la demostración de que establece a su vez los fines, al ser dilucidada hermenéuticamente, en la relación de los términos (*igualdad y libertad*) debe acudir a la *justicia* para que determine el contenido de libertad e igualdad en cada derecho, lo que en principio soluciona una posible contradicción axial. En adición a estos tres valores, que junto con la *vida* son supuestos del principio de *dignidad*, el valor superior del *bien común*, como objeto sobre el cual recae el interés general.

La jurisprudencia de intereses *ha diseñado una fórmula según la cual, la parte del contenido de un derecho fundamental, que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, den vida a un derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, esta es, la garantía creada por la teoría del núcleo esencia*⁴⁵, que limita el alcance de la *reserva legal*⁴⁶. Los mencionados aspectos fundamentales, uno ontológico y otro axiológico, instan al Estado Social de Derecho, y de acuerdo con el profesor COSSIO, como “*Principio nuclear del ordenamiento*”. Así las cosas, se conceptúa la fórmula del artículo 1º, como una *norma* (Es tal en razón a su pertenencia al ordenamiento jurídico, y se caracteriza

⁴⁵“Determina que características peculiares deben poseer las prescripciones para ser consideradas normas jurídicas, denomina un ‘núcleo normativo’, estructura lógica común con otros tipos de normas”. H. von WRIGHT. Norma y acción, 1979.

⁴⁶“Autorización constitucional que faculta unilateralmente para restringir la eficacia de los derechos fundamentales”.

como una norma por la fuerza que ésta tiene sobre la misma Constitución)⁴⁷. Tres alcances interpretativos se deben estudiar para profundizar sobre la eficacia interpretativa del principio nuclear:

- Donde es patente su *eficacia* interpretativa [pura o *hermenéutica*], el principio del artículo 1º de la Constitución es respecto del poder judicial, principalmente el que ejerce como intérprete de la Carta la Corte Constitucional:

{...} ha recordado que la interpretación... de la cláusula 'Estado Social' "ha permitido establecer, al menos, dos aspectos básicos de la dimensión hermenéutica de dicha fórmula: a') la posibilidad de acogerse en la interpretación del ordenamiento al principio de la obligación social del Estado, es decir, a la presunción de responsabilidad pública en materia de prestaciones sociales, y b') la inclinación a establecer una conexión o modulación social de los derechos fundamentales lo que tanto quiere decir como la necesidad de adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos o posibilidades reales de cada sector de la sociedad...⁴⁸.

- La *eficacia anulatoria* en el ámbito jurisdiccional de la Constitución⁴⁹; si del contraste entre la Ley cuestionada y la interpretación de la referencia se acabara deduciendo la manifiesta inconstitucionalidad de dicha ley o precepto, por encontrarse éste en contravía de lo establecido por el principio nuclear, y por lo tanto, resulta posible anular una disposición o ley por el principio del Estado Social de Derecho, ya que esta posibilidad declarativa expresa providencialmente, la normatividad de los preceptos Constitucionales,

⁴⁷DWORKIN, Ronald y BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. 1ª Ed. 2Bogotá: Editorial Temis, 1987, p. 117.

⁴⁸ STEIN, Ekkehart. Derecho Político, 1973. Citado por PORTERO, JOSÉ ANTONIO. Conocimiento y realidad. Salamanca: Editorial San Esteban, 2004.

⁴⁹ Demanda de inconstitucionalidad de leyes, acción de nulidad de actos administrativos y excepción de inconstitucionalidad.

- La proyección normativa de la formula, es el aspecto del principio nuclear referido a aquellos casos en los cuales no aparece ley directamente aplicable al caso o lo que la hermenéutica ha denominado *laguna normativa*, en la cual el intérprete tiene una cierta labor “creativa” del derecho.

SECCIÓN CUARTA: LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En sentido funcional objetivo, teóricos del Estado, especialmente Aristóteles y Hobbes, dan una interpretación objetiva a sus actividades semejantes con una significación comprensible para la vida social⁵⁰. Esta interpretación no debe confundirse con la cuestión del valor justo y válido que haya de atribuirse a la institución estatal, ni con una psicológica. En la relación entre justicia y seguridad jurídica, para el sistema jurídico del *Estado Social de Derecho* se acentúa el problema que consiste en asignar a cada uno de los conflictos sociales posibles que se prevén, una solución normativa correspondiente, en donde se encuentra el salto cualitativo, *de que ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad)*. El concepto de eficacia en sentido estricto, se refiere a la efectividad de los derechos, de conformidad con el artículo dos (2) de la Constitución, marca el tránsito de un Estado formal de derecho (Estado formal) a un Estado material de derecho (Estado Social).

Son procesos que actualmente se conciernen, la afirmación de los derechos sociales en los textos constitucionales y la formación del Estado Social, “con el objeto de extender aquellos derechos que se concebían como individuales, los derechos sociales habrán de constituirse como derechos de participación que aseguran las posibilidades de acceso al bienestar, en este sentido. Además, estos derechos se habrán de corresponder con el llamado *Estado social y democrático de*

⁵⁰ El nuevo Estado colombiano, *jus et norma*, “(...) En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema ...de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-406 de 1992, M.P. Dr. CIRO ANGARITA BARON, y SU-747 de 1998, Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Ob. cit.

*derecho*⁵¹. Por lo que se descubre la existencia de una confusión inadmisibles; se equiparán, al menos metodológicamente, las formaciones sociales, como el Estado, con las estructuras o totalidades de sentido abstractas, como el Derecho. No hay duda de que el objeto de las ciencias del espíritu son aquellas estructuras de sentido que tienen carácter de validez, por lo que el término *social*, agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, en la transformación institucional en una democracia constitucional, por lo que el Estado Social, para Ernst Forsthoff demuestra que:

El Estado moderno de Derecho es sustancialmente Estado social a través de su función impositiva... no se consigue el Estado Social de Derecho con medio *Estado Social* y con medio *estado de derecho*. Es decir, no es posible una solución de compromiso de modo que se escamoteara en una y otra vía lo que de cada una y otra resultara incómodo. Muy por el contrario, se trata de tomar el Estado de Derecho en su más estricto sentido y, sobre la base de su sistema conceptual, formas e instituciones, de contrastar hasta dónde y qué medida es compatible con los contenidos y exigencias del Estado Social, y, en consecuencia, pueda abrirse a este⁵².

Lo que amerita un pronunciamiento de la Corte sobre su sentido e interpretación:

(...) 2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (*Welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence*) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

⁵¹ HUERTAS LARA, María del Rosario. Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo. En: Revista Letras Jurídicas. Universidad Veracruzana. ene – jun, 2009, p. 4.

⁵² FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho, en Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

a) El Estado bienestar surgió a principios de siglo XIX en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones rusa y mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del *New Deal* en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

b) El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política⁵³.

En la concepción del *Estado Social de Derecho*, es postulado originalmente y citado por constitucionalistas como Heller, H., Bachf, O., Fechner, E., Bäumlín, R. y Kägi, W. Esquemáticamente “su incidencia en la organización sociopolítica”, puede ser descrita desde las siguientes perspectivas: Cuantitativa, tratado bajo el tema del **Estado bienestar** (WelfareState, stato del benessere, L'Etat Providence), y cualitativa bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. Además de su valor heurístico, pueden aducirse en su apoyo por las siguientes razones.

⁵³ ARAGON REYES, Manuel. Constitución y Democracia. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. Citado por: CORTES NIETO, JOHANNA DEL PILAR y Otros. Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos. Editorial: Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2009”.

Para DOHERING, la contradicción entre el Estado Social y el Estado de Derecho, es solamente aparente, de acuerdo con la siguiente declaración: “La contradicción que hasta ahora ha sido aceptada entre los tipos ideales del Derecho y del Estado social radica por consiguiente -...- única y exclusivamente en el concepto de Estado social y es en éste donde habrá que superarla y resulta superable”⁵⁴. Continúa Hermann Heller⁵⁵: “La Teoría del Estado, empero, puede y, es más, debe indagar el sentido del Estado cuya expresión es su función social, su acción social objetiva”⁵⁶. Por lo que la crítica a las teorías socializantes de la fórmula del Estado Social de Derecho; sosteniendo que es un principio a favor de la libertad del hombre concretizada en el concepto del *libre desarrollo de la personalidad*. Debido a que la doctrina todavía no ha clarificado el conflicto entre igualdad y libertad, afirmación que lleva como resultado una relación de conflicto, en el que Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho se encuentran en una relación de contradicción:

El perfeccionamiento y estricta aplicación preferente de un principio formal de igualdad, tiene como consecuencia necesaria la limitación de la libertad... La proyección de la personalidad en la libertad conduce..., a la desigualdad. La idea de que solamente la fraternidad puede introducir una armonización de estas contradicciones surge inmediatamente, ya que la 'fraternidad' parece igualmente idónea para fomentar una cierta renuncia a la libertad⁵⁷.

Continúa Dohering, el Estado Social de Derecho involucra el marbete de la igualdad para la libertad; la contradicción entre igualdad y libertad, o mejor dicho, entre el Estado Social y el Estado de Derecho, es solamente aparente, de acuerdo con la siguiente aseveración: “La contradicción que hasta ahora ha sido aceptada entre los tipos ideales del Derecho y del Estado Social radica por consiguiente -...- única y

⁵⁴DOEHRING, Karl. Ob. cit., p. 127-129.

⁵⁵HELLER, Hermann. Fondo de Cultura Económica. pp. 222 y 223.

⁵⁶HELLER, Hermann, Ob. cit., pp. 57 y 218.

⁵⁷DOEHRING, Karl, Ob. cit., p. 122.

exclusivamente en el concepto de Estado social y es en éste donde habrá que superarla y resulta superable”⁵⁸. A su vez, Hermann Heller señala: “La Teoría del Estado, empero, puede y, es más, debe indagar el sentido del Estado cuya expresión es su función social, su acción social objetiva”⁵⁹.

Y frente al *Estado Social de Derecho*:

{...} el Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía»-
..., en la ineludible necesidad de que las instituciones y los poderes públicos actúen hoy en esa doble coordinada dimensión: tanto en las exigencias del Estado social, receptivo ante tales u otras demandas de los ciudadanos, como en las coordinadas del Estado de Derecho, eficaz en el cumplimiento y desarrollo progresivo de la Constitución⁶⁰.

Es así como referencia Elías Díaz, que el Estado de Derecho y sus Instituciones, y poderes públicos actúen en las exigencias del Estado Social, receptivo ante las demandas de los ciudadanos, con un desarrollo u avance en la propia Constitución.

Constitucionalmente, ya se ha establecido en la forma progresiva que reclama Elías Díaz y Heller, hoy se define que Colombia es un *Estado Social de Derecho*, esto significa que la Nación está edificada sobre el imperio de la ley y el ordenamiento jurídico, busca que se garantice el pleno ejercicio de los derechos políticos de sus habitantes, dentro de los cuales destacan, por supuesto, los derechos a la vida y a la libertad; y en tanto que social significa; que dentro de los fines del Estado persigue la igualdad y el bienestar de las personas que se hallan bajo su jurisdicción.

⁵⁸ Ibid, pp. 127-129.

⁵⁹HELLER, Hermann. La soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Editorial: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 222 y 223.

⁶⁰DIAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus Ediciones, 1983, p. 211.

En un Estado Social de Derecho, en su dimensión cuantitativa, el *Estado bienestar*, la Seguridad Social basada en el principio de la universalidad, la integralidad es inseparable de las políticas de inclusión, el profesor MARAVALL, Héctor advierte que; “...es una concepción que parte de una visión del conjunto de las necesidades de las personas, en el que se complementan medidas de protección activa y medidas de protección pasiva; instrumentos de protección económica, de prevención, de rehabilitación, de integración laboral y social”⁶¹. Se considera (Europa) que los servicios sociales no son suficientes para la querrela contra la exclusión, pero son imprescindibles. Para ello se proyectan tres líneas de acción:

- Derecho de subsistencia, con el correspondiente derecho de unos ingresos mínimos garantizados.
- Derecho a la igualdad de oportunidades, para superar la vulnerabilidad, la dependencia y la discriminación.
- La cooperación y el voluntariado social, como expresión de la solidaridad.

Como quedó consagrada, verdaderamente en la Ley 100 de 1993 y sus reformas posteriores, no corresponde a un Estado de Derecho, “la pensión de Vejez, para que sea, concebida dentro de un Estado Social de Derecho” de conformidad a las teorías de Karl Doehring y la de Hermann Heller; que debe responder al “principio de la protección a las personas de la tercera edad (artículo 4 Constitucional), al

⁶¹ Tema 12, Maestría de la OISS. Universidad de Alcalá de Henares.

respeto a la dignidad (artículo 1º), y al derecho a la seguridad social (artículo 48) y, especialmente, con el derecho a la vida (artículo 11) que tiene el carácter de fundamental”, e igualmente, a los principios de Universalidad y de Igualdad. Así, la fundamentalidad del *derecho a la pensión de vejez, como una prestación derivada de la seguridad social*, está dirigida a la protección de la vida de la persona y la de su familia, en cuanto a lograr una subsistencia digna.

El Estado Social basado en la igualdad y solidaridad de sus habitantes, se señala en el Artículo 366 de la Carta, lo siguiente:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación⁶².

Así la Constitución Política de Colombia contiene elementos substanciales que hacen de la *nación*, desde una aproximación jurídica, un *país* verdaderamente cimentado sobre esa búsqueda de la *igualdad* y del *bien común* como elementos consustanciales a un Estado Social de Derecho, para el otorgamiento de una Pensión de Vejez, con el cumplimiento mínimo pero inmodificable de los requisitos para su reconocimiento.

Así las cosas, si la pensión de vejez es establecida en la Constitución del año de 1991 al interior del *Estado Social de Derecho*; entonces todos los ciudadanos con

⁶² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Ob. cit., Art. 366.

derechos, tendrían derecho a una pensión de vejez cuando verdaderamente cumplan requisitos preestablecidos, que sean susceptibles de cumplir, como sería que verdaderamente respondan a una capacidad de ahorro, donde la gran mayoría de la población la pueda satisfacer y obtener finalmente una pensión, y no generar una expectativa de ahorro que al final de su vida laboral no le garantiza un derecho a la pensión, sino una devolución de sus ahorros, con intereses precarios y costos de administración.

Por lo tanto, es necesario incentivar la sensibilidad de las autoridades frente a la importancia del *derecho a la pensión de vejez como un asunto prioritario*; en el que se dan preceptos que habrán de aplicarse a los Contratos de Trabajo, ya que las partes conciertan condiciones que servirán para regir o regular una actividad laboral asalariada o remunerada salarialmente. Es así que, determinar las *normas internacionales del trabajo* y el Derecho Pensional de vejez, los Tratados y Convenios Internacionales (de la OIT), y la protección a la pensión de vejez. Así como fortalecer las posibilidades para el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del establecimiento, por los compromisos internacionales adquiridos frente a *los derechos sociales, económicos y culturales* de la población. En resumen, para la realización integral del Estado Social de Derecho.

El análisis de lo que implica un Estado Social de Derecho en el sistema pensional de vejez, valorando la eficacia y garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales establecidas por el Estado y por los mismos organismos internacionales sobre la materia; fijar la responsabilidad jurídica y política del Estado frente a este derecho; evaluar los aspectos tanto jurídicos como políticos que frente a ésta el País presenta y proponer mecanismos para su fortalecimiento; y, por último teniendo la pensión de vejez como medio eficaz, se plantea el verdadero papel que en todo este

contexto deben asumir las instituciones públicas, el sistema político, el sector privado y la sociedad civil para que así, con la participación de las instancias mencionadas pero siempre bajo el liderazgo y responsabilidad del Estado, Colombia avance decididamente en el respeto, y protección *del derecho a la seguridad social, como Estado Social de Derecho.*

SECCIÓN QUINTA: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Lo que exige el significado de las palabras “derecho” o “sistema jurídico”, es elegir entre alternativas inadecuadas que a menudo se consideran exhaustivas. El derecho de una sociedad natural cuyo orden corresponde al de la naturaleza se torna imposible. La idea de un derecho natural (en el sentido de un orden jurídico “natural”). Al igual que los cambios que se operan al pasar de la idea de derecho consuetudinario⁶³ a un sistema jurídico maduro (Categoría causal).

“El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es, ¿Cómo puede una Constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es?; ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado establecido; es de este núcleo, del que no se es libre de apartarse. Se encuentra con una regla que se halla establecida como una tradición, cuando un juez asume su cargo, y que es aceptada como el criterio o pauta para el desempeño de ese cargo. Es cierto que tales criterios o pautas no podrían seguir existiendo si la mayor parte de los jueces no les prestan adhesión, porque su existencia en un momento dado simplemente consiste en su aceptación y uso como criterio o pauta de adjudicación correcta”⁶⁴.

Esto circunscribe, aunque no anula, la actividad creadora de quienes lo ocupan. Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta al valorar la forma de escepticismo jurídico que se apoya en el *status* único que tiene la decisión de un tribunal en cuanto enunciado definitivo, con autoridad, de lo que es derecho en un caso particular. Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las

⁶³ La teoría de HUME influida por un régimen consuetudinario dominante en la Inglaterra de su época. Texto de referencia; Parte II, *De la justicia y la injusticia*, del Libro III, *De la Moral*, del *Tratado de la naturaleza humana*.

⁶⁴KELSEN, Hans. *Sociedad y Naturaleza una Investigación Sociológica*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945. Citado por: HART, Herbert, Op. cit.

decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites algunos a sus decisiones, y para demostrar los diversos tipos de razonamiento que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente.

{...}Antes de abandonar el tópico del escepticismo ante las reglas tenemos que decir una última palabra acerca de su tesis positiva de que las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales... el fundamento de tal predicción es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción.... “(...) La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica. Hay cuestiones que se refieren a los criterios últimos de validez jurídica, y otras a distinguir aquellas cuestiones ordinarias que consideran sobre la competencia jurídica...”⁶⁵

De los mismos Tribunales de cierre. *Prima facie*⁶⁶, la paradójal distracción; de operadores “ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces”. De forma muy inadecuada, en los “límites de las reglas fundamentales” que describen “los criterios de validez jurídica”, puede dar la impresión, de especificarla actividad de los jueces⁶⁷. Si existe acatamiento general a la exigencia que implica, de que en un momento dado hay una regla que requiere que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso, que, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen.

⁶⁵HART, Herbert, Ob. cit., pp. 182, 183.

⁶⁶ “A Primera vista”; on the face of it; enough to cause fact to be presumed true. *Facie*: Con apariencia, color o pretexto.

⁶⁷HART, Herbert, Ob. cit., pp. 189-190.

'Un convenio internacional del trabajo ratificado (y promulgado), es una norma jurídica válida y obligatoria, de carácter *erga omnes*, en el ámbito interno estatal'. Para el efecto se introduce la diferenciación entre las normas auto ejecutivas o auto aplicables – que son las que “una vez incorporadas al ordenamiento interno del país que las recibe, fundamentan directamente derechos subjetivos, es decir, pueden aplicarse de inmediato sin necesidad de emitir normas internas que las adopten, desarrollen o potencien (vale decir, sin necesidad de desarrollo reglamentario) – y las normas programáticas – que son aquellas que [d]esde el punto de vista jurídico, exigen a los Estados que se obligan con los Tratados que las contienen, efectuar un desarrollo legislativo o reglamentario interno de las mismas (ley, decreto, resolución), para que puedan aplicarse individualizada y directamente en sus ámbitos territoriales.

Si bien entre los pronunciamientos de la OIT se cuenta con dictámenes precisos y concretos, una gran parte de ellos tienen como característica fundamental de su redacción la manifestación de aquello que se conoce en el ámbito lingüístico y de la filosofía analítica como 'textura abierta'. Sin embargo, dicho ofrecimiento de principios y valores, que en ocasiones resultan asemejarse a aspiraciones o fundamentos programáticos carentes de vinculación directa, no son, en realidad, una actitud meramente accidental... Resultan, de esta forma, como directrices que adquieren una 'libertad' en la interpretación para el logro de la efectividad real de los derechos fundamentales. Sentencia T-1319 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 12., tesis reiterada en las Sentencias T-235A de 2002 y C-04 de 2003. Y específicamente sobre la integración de los Convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, la Sentencia T-1303, Fundamento 3º, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Un principio de modulación del control constitucional surge con la Constitución Política de 1991, la cláusula Estado Social de Derecho, resulta, por sí sola –y fuera del ámbito del recurso de inconstitucionalidad de las leyes-, imposibilitada para fundamentar una pretensión jurídica inmediata⁶⁸; gobierna la actuación de los operadores jurídicos, como un método para educar la acción y la excepción

⁶⁸Si pudiendo hacerlo, en cambio, en la medida en que “concurra con otros preceptos para determinar su auténtico sentido y alcance”.

de inconstitucionalidad⁶⁹, que por su carácter exige ser invocado como unidad, y termine dirimiendo enfrentamientos entre bienes Constitucionales:

- Hace que los abogados formulen acciones de inconstitucionalidad para permitirle a la Corte Constitucional el desmonte progresivo de los códigos sustanciales y procesales.
- Como también le permitirá al juez que utilice la excepción de inconstitucionalidad para no aplicar las normas inconstitucionales que aparecen en dichos Códigos.
- Ayudará a establecer un método de comparación entre las normas de esas codificaciones y la Carta; para la formulación de las demandas de inconstitucionalidad.
- Al juez para que ejercite la excepción de inconstitucionalidad sin esperar a que la Corte declare inexecutable la norma de rango legal.
- Y al abogado litigante, para que el pida al juez que aplique la excepción.

⁶⁹TARAZONA NAVAS, Julio A. El Estado Social de Derecho y la rama judicial. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002. p. 21-24.

Sobre la importancia y necesidad de modular los efectos de sus sentencias, la Corte mediante sentencia integradora en la cual incorporó en el orden legal mandatos novedosos de la Constitución de 1991, reflexiona en la Sentencia No. C-109 de 1995:

{...} el ponente de aquella providencia judicial se refirió al tema, *inextenso*, en ensayo elaborado para la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal.

Allí distingue entre diversas clases o tipos de sentencias:

- a. Interpretativas.
- b. Integradoras.
- c. Sustitutivas.
- d. Retroactivas.
- e. Diferidas.
- f. Inmediatas.

Las tres primeras pertenecen al género de las sentencias condicionadas. La Corte mantiene el contenido del acto acusado, pero adopta una determinada explicación —la considera más eficaz frente a la Carta Política—, evento en el cual la sentencia es interpretativa, o le introduce algunas modificaciones al constatar una omisión legislativa, por ejemplo, en materia de igualdad o al regular un procedimiento o disponer una sanción (Sentencia integradora o aditiva). O —esta es la tipología más compleja— declara la inexequibilidad, pero llena el vacío normativo con una regulación específica que incorpora al ordenamiento jurídico (Sentencia Sustitutiva), considerándose que la nueva regulación deberá tener “raigambre constitucional directa”; pero aun así, si no se procede con la debida cautela y respetando los límites preestablecidos, el campo de acción del legislador (ordinario o extraordinario) puede resultar inválido. Los tres últimos tipos atienden a los efectos temporales. Constituyen la regla general por mandato legal, contenido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, las sentencias inmediatas, o sea las que rigen a partir de la ejecutoria del fallo y “pro futuro”, de modo que forman la excepción las retroactivas y las diferidas⁷⁰.

⁷⁰ MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. Revista Tutela, 2000, pp. 1719-1734.

Se resalta el fenómeno de la “*ultra-actividad*”, de conformidad con el cual la norma es declarada contraria a la Constitución, pero por razones de conveniencia pública se autoriza que continúe rigiendo por un tiempo (se difiere su inexecutableidad), mientras el legislador —en un plazo razonable que suele disponerse en la sentencia— corrige la situación, expidiendo los preceptos destinados a reemplazarla. Si bien podrán resultar favorecidos o perjudicados, según la óptica de apreciación, entidades públicas, empresas privadas, contribuyentes, etc., con este tipo de sentencia se busca evitar vacíos jurídicos, de modo que la actuación jurisdiccional entre a regir simultáneamente con la actuación legislativa o administrativa llamada a enmendar la irregularidad detectada por el tribunal constitucional⁷¹.

De este modo, el enunciado doctrinal —que no las decisiones, desde luego, pues estas son de obligatorio cumplimiento— carece hoy de fuerza de precedente, con lo cual los jueces pueden apartarse de la jurisprudencia expuesta, mientras que procedan por un argumento razonable. Lo anterior se enuncia en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887: “*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella*”. Estimando para este caso insubsistente la disposición legal, en lo concerniente a normas irrenunciables, del artículo 16 del Código Civil Colombiano:

“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”,

⁷¹HENAO HIDRÓN, J. Derecho Procesal Constitucional. 3ra Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010.

Esta norma referente al orden público es muy difícil de precisar tomando igualmente otra definición como:

“Aquella noción resulta del conjunto de las ideas religiosas, sociales, políticas, morales y económicas que, en cada época, predominan en un país, y se consideran como esenciales en él para la vida misma y la marcha regular del Estado⁷².

En la *ponderación del orden de valores (o intereses) Jurídico-Constitucionales* requerido en cada caso, es necesario garantizar una especial fuerza de resistencia a los derechos fundamentales⁷³, frente a otros Valores Jurídicos contenidos en la Constitución⁷⁴. Como garantía de la integridad de ciertos derechos fundamentales, cuando el legislador haga uso de sus facultades expresas para restringir o limitarlos, debe respetar el valor de la decisión constituyente en torno a la fundamentalidad de un derecho.

En materia de Derechos Humanos, y el derecho a la seguridad social lo es, la interpretación debe apoyarse igualmente en los principios *pro homine*⁷⁵, *favor libertatis in dubio pro libertate*⁷⁶. Aplicando el precedente sentado en la Sentencia C-408 de 1994; un derecho *sub exámine* puede ser considerado; derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opera en conexión con otro derecho fundamental; y segundo, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto⁷⁷.

⁷²CHAMPEAU y URIBE, ARTEAGA. ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Editorial Temis, Ltda. 14ª ed. Bogotá, D. E. 1980.

⁷³ Sin restarle sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁵El principio *pro homine* que “impone una interpretación extensiva de los derechos protegidos y una interpretación restrictiva de toda limitación, suspensión o restricción de esos derechos.

⁷⁶ En virtud del principio *in dubio pro libertate*, la duda se ha de resolver en todos los casos a favor de la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales.

⁷⁷AVENDAÑO MURILLO, Germán Enrique. El derecho laboral como derecho humano. Revista Verba Iuris 32. jul – dic, 2014.

Por vía jurisprudencial, *para amparar específicamente un derecho fundamental vulnerado en conexidad con un derecho colectivo*, conduce a aceptar la existencia de derechos fundamentales por conexidad⁷⁸, conforme a las tesis de la Corte Constitucional, son aquellos que no siendo denominados de esa manera en la Carta Política, sin embargo se califican así en virtud de su inescindible e intrínseca relación con otros derechos fundamentales, como quiera que, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos, si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros. Es así que, en las Sentencias, T-426 y T-516 de 1993, T-068 y T-456 de 1994, esta jurisprudencia ha señalado, que según las circunstancias del caso, se adquiere el carácter de fundamental cuando, *su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales*, como que con la omisión de ciertos hechos, se ha desconocido amenazado y vulnerado un derecho fundamental. De manera similar, *hoy se admite la visión dualista donde también son derechos fundamentales los derechos prestacionales, denominados en ocasiones como derechos de solidaridad*⁷⁹,

{...} 7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva (Víctor, Abramovich. Courtis, Christian). El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado) ...⁸⁰.

⁷⁸“Cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’”.

⁷⁹Toda vez que, para la legislación interna, el principio de favorabilidad, estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo (–inciso 2, art. 53 de la C.P. y artículo 29 C.S.T.), “impide la aplicación de normas vigentes del trabajo en desmedro del trabajador”.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Las sentencias de la Corte enuncian una doctrina constitucional que no solamente corrige la jurisprudencia, sino que el legislador quiso que constituyera *criterio auxiliar obligatorio* para las autoridades. Esta posición quedó sin vigor al declarar la propia corte inexecutable el vocablo *obligatorio*, contenido en el artículo 23 del decreto-ley 2067 de 1991, por encontrarlo contrario al artículo 230 del estatuto superior, en donde la jurisprudencia, lo mismo que la equidad, “los principios generales de derecho y la doctrina son admitidos como criterios auxiliares de la actividad judicial”⁸¹. Pero estimamos que ello no ocurre con la jurisprudencia expuesta al revisar los fallos de tutela, en razón de que la misma constituye un elemento unificador con base en el artículo 86 constitucional. Así lo ha entendido la Corte en decisiones posteriores, en donde expresa que todos los jueces deben atenerse a los fallos de tutela de la corporación, los que indican el sentido y los alcances de la normatividad sobre los derechos fundamentales⁸².

Lo expuesto permite deducir que los aceptados como *fundamentales* por la Constitución Política corresponden dos clases de derechos: los que ella misma regula (derechos constitucionalizados, cuyo punto de partida son los que tienen la condición de “inalienables” respecto de toda persona), y los reconocidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos vigentes para Colombia.

Colombia es un Estado Social de Derecho y en consecuencia sus instituciones están organizadas para la protección de las personas y de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1993), es tema de relevancia *ius fundamental antropocéntrico*⁸³: “En efecto, sólo la persona física tiene la posibilidad de aspirar a satisfacer el interés general -art. 1° CP- y los valores fundamentales consignados en

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸²CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-260 de 1995 y T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸³“Concepción material amplia, determinada por el concepto de la dignidad de la persona”.

el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 3º de la Carta. (...) El control de constitucionalidad es producto del Estado social de derecho organizado como un ordenamiento jurídico jerárquico, teniendo en la cúspide del mismo a la Constitución...⁸⁴.

Así, el derecho constitucional y el derecho internacional armonizan, en materia de derechos humanos, para formar la noción que la Corte Constitucional denomina, bloque de constitucionalidad⁸⁵. De ahí es posible deducir, también, que la Constitución de 1991 creó una nueva categoría de leyes, las conocidas con el nombre de leyes constitucionales, referidas a aquellas aprobatorias de tratados públicos de derechos humanos, por cuanto tienen una categoría superior a cualquier otra ley en esa materia humanista.

⁸⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-003 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁵ Concepto surgido en el derecho (inspirado en la jurisprudencia y doctrina) de Francia, “bloque de super legalidad, que da la noción de una unidad, interrelación y solidez; un conjunto normativo que no puede ser escindido ni dividido. Designa el conjunto de normas jurídicas (principios y reglas) de rango constitucional, cuyo respeto se le impone al legislador. Su contenido por lo general se entiende conformado por: Elementos esenciales: los textos de la Constitución y su preámbulo, y elementos marginales, como; los principios fundamentales reconocidos por la jurisprudencia constitucional, las leyes y por otras normas de simple referencia”.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y LOS RÉGIMENES EN LA PENSIÓN DE VEJEZ

SECCIÓN PRIMERA: EVOLUCIÓN. También se hizo presente en las antiguas culturas americanas la inquietud por la seguridad de una determinada colectividad. Sin llegar a la perfección de la organización incaica, el germen de la seguridad social lo encontramos entonces inscrito en la humanidad desde los tiempos más remotos. La formación de la seguridad social es el resultado de un prolongado proceso que se extiende desde los inicios del siglo pasado hasta la época presente. Ella hace su aparición desde el momento en que reducidos grupos de trabajadores de algunas actividades económicas se unen con fines de protección mutua, hasta llegar paulatinamente a la protección de todos los trabajadores, por cuenta ajena, después de los laborantes independientes y posteriormente al amparo de toda población contra los riesgos y contingencias, como la vejez⁸⁶.

La “seguridad social”, concebida como *parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual*⁸⁷, apareció en la *Social Security Act* del 14 de agosto de 1936, promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt, esta Ley fue la primera que consideró a la seguridad social como sistema de concepción integral, utilizando todas las instituciones destinadas a lograr ese propósito. “La expresión ‘seguridad

⁸⁶ NUGENT, Ricardo. La Seguridad Social: su Historia y sus Fuentes. Capítulo 33. pp. 603-622.

⁸⁷ Si bien es verdad que Bolívar utilizó por primera vez esta expresión en la Constitución de Angostura (1819), al afirmar que: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de seguridad política” no es posible atribuirle la paternidad conceptual de la denominación de una disciplina que fue estructurada en época muy posterior.

social', con el contenido señalado, quedó sancionada con alcance mundial en la Carta del Atlántico de 14 de agosto de 1941 y en la Declaración de Washington de 1942".

{...}c. *Naturaleza Jurídica de la Seguridad Social*

Desde el artículo 1o., la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir. Luego, de ese desarrollo de principio, varios artículos del capítulo 2 del título II, "De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", determinan con mayor claridad los contenidos de la seguridad social. Se preceptúa allí: ...la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, su seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (art. 46) ...⁸⁸.

De lo anterior, es la Corte que establece que la seguridad social tiene un concepto más amplio de prestaciones, sino que también es un conjunto de derechos que tienen que ir entrando en el concepto de seguridad social, sin desconocer que la tarea de la dirección este a cargo del Estado, aun cuando los particulares tengan el derecho de participar en la ampliación y ejecución de la cobertura de la seguridad social.

Para evitar los efectos secundarios de las crisis económicas, construir un sólido sistema de protección de los riesgos sociales, es de suma importancia. Hoy no es posible aplicar los modelos basados en los regímenes asistenciales universales o

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. C-408 de 1994, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ.

en *sistemas de seguro social*, en países en los que un sector primordial de la población movilizada trabaja en la economía informal. Por lo que, no han logrado la cobertura para las mayorías, los Estados de bienestar tradicionales, desarrollados en Europa entre 1850 y 1950, como una forma de organización, en el que se da inicio a la solidaridad, principio fundamental de la *seguridad social* y de las relaciones laborales, consecuencia de la coexistencia de una onerosa relación entre la propiedad colectiva y propiedad privada. Es así, como el concepto nace en Europa a fines del siglo XIX, América del Norte y Australia, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial⁸⁹, y se desarrolla en los países industrializados durante el curso de entreguerras, que tuvo otra perspectiva como un derecho humano universal debido a los instrumentos de las Naciones Unidas, pero contrastaron el comienzo de una importante *extensión de la idea de la seguridad social*, sobre todo el informe de Sir William Beveridge y de los resultados de la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia, siendo el primer paso en este sentido la ley federal de los Estados Unidos “Social Security Act” de 1935, rama que toma forma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. A su vez, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 marca una segunda etapa hacia la estipulación del *derecho a la seguridad social*, como un *derecho universal* y es un *instrumento complementario* a la Declaración.

La técnica del seguro social que ha prevalecido durante el recorrido de este derecho fue forjada para los trabajadores. Así, con un campo de cobertura explicitado, la seguridad social, rama sin definición, con sus mecanismos de asistencia social y de seguros sociales, esta técnica no fue capaz en su concepción más clásica, asegurar la concretización de la vocación universalista original del derecho a la seguridad

⁸⁹O.I.T. El seguro social y la protección social. Conferencia Internacional del Trabajo, 80ª reunión. Memoria del director general (Parte I). Ginebra. 1993, p. 9.

social, para alcanzar el objetivo de la cobertura universal, transformándose hacia una noción cada vez más individualista, haciéndose necesaria la búsqueda de nuevos mecanismos de protección. A renglón seguido se celebra la I Conferencia Interamericana de Seguridad Social en Santiago de Chile, en septiembre de 1942, a consecuencia de la cual se formula la Declaración de Santiago. Seguidamente, es preparado en 1943 para los Estados Unidos, el Plan Wagner-Murray, intentó unificar el *seguro social* con la *asistencia social*. “En Canadá el Plan Marsh, elaborado a petición del Comité Consultivo sobre la Reconstrucción de Canadá, consideró un sistema mucho más amplio, dirigido a cubrir a toda la población, incluyendo la clase de riesgos universales, para lo cual se recurría a pensiones como la de vejez”.

La Organización Internacional del Trabajo resuelve otorgar a las recomendaciones de la Declaración de Filadelfia, la forma de Convenio, y surge entonces el número 102, conocido por la Norma Mínima de Seguridad Social, el 28 de junio de 1952, que recoge los objetivos de acción protectora integral a los que pueden acogerse tanto los países altamente desarrollados como los países subdesarrollados, a los que eufemísticamente se les denomina ‘en proceso de desarrollo’.

Ahora bien, las Mutuales fueron las primeras muestras de organización destinada a cubrir las necesidades, *que eran agrupaciones de trabajadores, que por lo general realizaban una labor común.*

{...} El mutualismo fue otro de los sistemas de ayuda mutua, mediante la creación de asociaciones entre miembros de determinadas colectividades, para asumir ciertos riesgos y contingencias sociales, como la vejez, a través de las aportaciones de sus miembros. Eran asociaciones típicamente previsionales. Funcionaron inicialmente en forma oculta y subrepticia, aproximadamente para los albores del siglo XIX, cuando el derecho de asociación no existía y, al contrario, estaba proscrito por la ley, hasta que a mediados de esa misma centuria desaparece la prohibición y pudieron tener existencia legal y personería jurídica. En el mutualismo está ausente el propósito de lucro,

inspirándose en el principio de la solidaridad, el cual serviría de base y antecedentes de lo que hoy conocemos como seguridad social⁹⁰.

Con impuestos generales y *programas estatales financiados por aportes obligatorios provenientes de la productividad del trabajo*, en 1920 aparece la Seguridad Social Moderna.

LOS PRINCIPIOS: Son la base de un sistema de seguridad social. En términos generales, los principios fundamentales en seguridad social, de mayor reconocimiento en el ámbito internacional, son los siguientes:

- Solidaridad

- Universalidad

- Participación

- Igualdad.

{...}Paúl Durand ha señalado que la formación histórica del sistema de seguridad social ha pasado por tres etapas: la primera es la que él llama los Procedimientos Indiferenciados de Garantía, que son: el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública y la responsabilidad; la segunda es la de los seguros sociales, y la tercera, la de la seguridad social. Jean Jacques Dupey roux sigue la misma periodificación, si bien considera como época clásica el periodo durante el cual surge la responsabilidad objetiva o profesional y los seguros sociales, y como época moderna a la seguridad social. Luís Enrique de la Villa y Aurelio Desdentado Bonete admiten también el criterio de Durand⁹¹.

⁹⁰“CABANELLAS, Guillermo. y ALCALÁ ZAMORA, Luís. Tratado de Política Laboral. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 1982, p. 427.

⁹¹RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho de la seguridad social. Tarpuy Eds. Lima, Perú. 1992, p. 17.

Correspondió a Alemania iniciar la segunda etapa de la evolución histórica de la seguridad social. Un rápido crecimiento del socialismo revolucionario en toda Europa, el origen histórico de la moderna seguridad social debe ubicarse en la Alemania de fines del siglo XIX, grupos de intelectuales y obreros, más allá de las diferencias de matices, habían impulsado la conflictividad laboral y la rebelión social, fundando en 1864 la Asociación Internacional de Trabajadores (conocida como la 1ª Internacional). Las respectivas propuestas, de las grandes tendencias tanto BISMARCK como BEVERIDGE, y que orientan el desarrollo de la política social en Europa durante el siglo anterior, dieron lugar a medidas legislativas concretas en diferentes países, fueron la base para las ideas que sustentaron el desarrollo de las políticas sociales latinoamericanas, diferían sustancialmente en sus orientaciones fundamentales⁹².

Ahora bien, *el derecho a la seguridad social* se desarrolló en un contexto de postguerra en donde el modelo que inspiró al proyecto de la seguridad social se llama “menbreeding” o del hombre “breadwinner”, considerado como un beneficiario directo de este derecho, las prestaciones de desempleo establecidas en los decenios de 1950 y 1960 presuponían una estructura familiar –familia nuclear a cargo de un cabeza de familia, se habla entonces del modelo del hombre proveedor.

La cobertura universal (mecanismo con un alcance subjetivo limitado) es una estrategia nacional, así, en los años cincuenta la discusión sobre la adopción de un convenio sobre la seguridad social viraba en dos instrumentos, uno de una Norma

⁹²ETALA, Juan José. Derecho de la seguridad social. 3ª Edición actualizada y ampliada. 1ª reimpression. EDITORIAL ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA. Buenos Aires: 2008, pp. 10-16.

Mínima y otro que contendría una norma avanzada. Durante la Conferencia Internacional del Trabajo de 1952, tan solo se logró discutir y adoptar las disposiciones del convenio de la *norma mínima de seguridad social*, Convenio No. 102 de 1952, pertenecen a un modelo industrial que no le concierne ni a los países llamados desarrollados ni a aquellos países llamados en vías de desarrollo, es esencialmente una obligación entre el sistema de Bismarck de seguros sociales reservado a los trabajadores y el modelo de Beveridge de la seguridad social universal. El modelo de bredwinner, para este Convenio es una ficción que permite un punto de comparación, para poder determinar el monto de las prestaciones en los países.

SECCIÓN SEGUNDA: LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DE 1919

Hasta el surgimiento de la seguridad social, *a fines del siglo XIX y principios del XX*, establecieron el principio sugerente de los seguros sociales que se implantarían, los seguros sociales constituidos en Alemania. El gobierno de Alemania se encontraba bajo la conducción de BISMARCK, por esa época se estaba produciendo una profunda transformación en la vida social alemana, que transitaba vertiginosamente de una sociedad agraria a una sociedad industrial.

La constitución de Weimar, sancionada en 1919, junto a la constitución de México dio origen al constitucionalismo social, que estableció el Estado de Bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores. En ella, la cuestión social, se produce tras quebrar la idea de la igualdad social, demostrando que los trabajadores vivían en una situación inferior y deprimida. Esto supone que el derecho social se redefina y establezca que la justicia se realiza únicamente en el caso que se ordene y disponga un tratamiento desigual. Es así, como en la Constitución de Weimar, como en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, se establecen los principios del derecho social. Es en 1919 cuando se instituye la Constitucionalización y la Internacionalización del Derecho Social. Y es así como gracias al tratado de Versalles, nace la Sociedad de Naciones la cual da origen a la Organización Internacional del Trabajo, además de la promulgación de la Constitución de Weimar⁹³.

Debemos señalar que el avance legislativo alemán se inició con la finalidad de apaciguar la agitación reinante en el movimiento obrero, hasta entonces totalmente abandonado por el Estado en cuanto a normas de previsión social, concepción que “se ampliaba con el principio de que el Estado y la sociedad deberían garantizar protección a las partes más débiles, contra las vicisitudes del trabajo industrial”⁹⁴.

⁹³MANNSORI, Luca. y SORDI, Bernardo. El Estado Social de Derecho en la constitución. El derecho fundamental de igualdad. Mosqueda, Susana (Coord.). Ed. Palestra. Lima, Perú, 2006.

⁹⁴GUADARRAMA SÁNCHEZ, Gloria. Entre la Caridad y el Derecho. Toluca: GUADARRAMA. Eds. El Colegio Mexiquense, 2001.

Empero, estos derechos interpretados bajo la óptica liberal y formalista, se les atribuyó el carácter de fuerza programática. Es decir, la condición de disposiciones constitucionales de fuerza normativa. Por ello, respecto a la Constitución de Weimar autores como Heller observaron que: “Mientras las ideas del liberalismo y la democracia se han labrado al ejercer dominio y marcar la realidad social, una existencia material, las ideas socialistas se han quedado, hasta ahora, esencialmente en ideología, por ello la sección última de la constitución contiene, en mayor medida que las precedentes una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar”⁹⁵.

Con el fin de detener y neutralizar la agitación, el llamado *Canciller de Hierro*, anuncia sus proyectos de reforma en el célebre mensaje al Reichstag del 17 de noviembre de 1881, fecha trascendente, en tanto en ese discurso aparece una nueva concepción del Estado, revolucionaria para la época, como concreción de su política, la influencia de la nueva legislación alemana se hizo sentir con rapidez en toda la Europa continental; *el primer sistema amplio de seguridad, llamado modelo alemán, se estableció y consolidó jurídicamente en 1884.*

En la práctica los derechos sociales fueron transformados en fórmulas vacías de contenido y sin fuerza normativa. La jurisprudencia de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías de la exigencia de contenido social, estereotipadas en la Constitución, al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas que carecían de significación concretas y que no tenía carácter vinculante alguno para el legislador del Reich⁹⁶.

⁹⁵HELLER, Hermann. El derecho Constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. El derecho fundamental de igualdad, escritos políticos. Ed. Palestra. MOSQUEDA, Susana (Coord.). Lima, p.p. 222-223.

⁹⁶ABENDROTH, Wolfgang. El Estado de Derecho Democrático y Social. En: El derecho fundamental de igualdad, escritos políticos. Mosqueda, (Coord.). Lima: Ed. Palestra, 2006.

A estos antecedentes legislativos siguió la Ley del Seguro de Vejez e Invalidez (1889), hasta que en 1901 se promulga el Código de Seguros Sociales, único en su género. Posteriormente, las leyes promulgadas por Bismarck fueron reunidas en el Código, dictado en 1911, y completadas por un “régimen de seguro por vejez para los empleados”.

SECCIÓN TERCERA: DEFINICIÓN DEL MODELO BEVERIDGE EN INGLATERRA

William Beveridge define a la Seguridad Social como “abolir el Estado de necesidad”. En cuanto a la contingencia vejez, el legislador británico consideró las medidas asistenciales de la Old Age Pension Act de 1908, que otorgaba pensiones alimentarias, sin requisito de cotización, a las personas mayores de setenta años. Lord William Beveridge, en 1941 fue convocado por el gobierno inglés para presidir un comité, que dio la publicidad el 1º de diciembre y, hecho público el 20 de noviembre de 1942, un informe elaborado por la comisión, titulado *Social 'insurance and allied services'* (seguro social y servicios conexos)⁹⁷, se aboca al análisis crítico de las imperfecciones del sistema vigente en Inglaterra, señalando que se proponía llevar a la práctica los principios proclamados en la Carta del Atlántico. Para este efecto hizo un estudio detallado de los múltiples seguros y entidades existentes en Inglaterra, integrando un sistema que estaría formado por; los seguros como el nacional de vejez.

Las reformas al sistema propuestas pueden sintetizarse de la siguiente forma: a) desde el punto de vista de las personas protegidas, el sistema debía abarcar a toda la población y no sólo a los asalariados; b) en lo que respecta a las contingencias cubiertas, el conjunto de la población debía estar protegido de una gama muy amplia de contingencias, y c) en cuanto al alcance de la protección, el seguro debía hacer abstracción de la situación socio-laboral de los asegurados, mantener el principio de las prestaciones uniformes, tarifadas e idénticas, cualesquiera hubieran sido los ingresos anteriores de los interesados. En el plano administrativo, partiendo del principio de la noción única de contingencia, se pronunciaba por la necesidad de

⁹⁷“A partir de los conceptos expresados por Beveridge se formalizó un modelo de seguridad Social con aceptación universal y recogida por la OIT en 1.952 (Convenio 102)”.

unificar todas las instituciones de los seguros sociales en un único servicio público, bajo la dependencia de un ministerio de la seguridad social. El Informe Beveridge inspiró el dictado en 1946 de una de las cinco leyes básicas de la seguridad social británica, como fue la National Insurance Act (ley de seguro nacional), que comprendía un conjunto de prestaciones de diversa índole que abarcaba prácticamente a toda la población; pensiones de retiro, prestaciones en parte sostenidas por las cotizaciones de los propios interesados, con la contribución de los empleadores en caso de tratarse de trabajadores en relación de dependencia.

En este punto es importante citar al notable político inglés sir William H. Beveridge, quien manifiesta, en la introducción a su documento sobre la seguridad social, que básicamente las necesidades del pueblo se convierten en algo escandaloso y trascendental, solo porque el Estado no ha sido capaz de solventarlas o suprimirlas.

Este político, colaborador de Winston Churchill, lanzó esta tesis, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, con el fin de lograr una transformación que permitiera brindar ayuda a la población civil en temas como la salud y las prestaciones sociales.

Lo mejor de este postulado, es que no se quedó en simples palabras, sino que fue acogido por el pueblo inglés, de manera muy natural, lo que posiblemente no hubiese ocurrido en otro país. La sociedad lo adoptó con mucho interés al reconocer que era algo fundamental y esencial para cumplir las finalidades del Estado.

Es tal la importancia del plan de Beveridge, que el mismísimo líder de los trabajadores Arthur Greenwood, lo consideró un iluminado y añadió que la ilusión

de éste era aplicar sus quimeras a la realidad y ponerles a los números una función práctica. Añadiendo que, la necesidad, al igual que la enfermedad, la ignorancia, la miseria y el odio, son obstáculos para la reconstrucción.

Este planteamiento revolucionario, es un ejemplo para todos los seguros sociales y lo que deberían hacer con guerra o sin ella, y es una aspiración de todas las naciones. Además de sentar el precedente de cómo el Estado debe cumplir unos objetivos dentro de la colectividad de los trabajadores. Este sirvió para sentar las bases de la llamada *Ley de Pobres*, que tuvo vigencia en Inglaterra, aunque no del todo cumplimiento.

La misma incluye cuatro esquemas de seguridad nacional: Uno contra el paro obrero, que presentaba muchas anomalías en cuanto a la aplicación de los subsidios. Otro destinado a cubrir “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, sin ser específicamente un sistema de riesgos profesionales como hoy se le conoce. El tercero, un seguro de enfermedades muy limitado que fuera atendido por organizaciones mutualistas, las cuales deberían hacer parte de las denominadas Trade Unions, Y el último para atender pensiones para la vejez, la viudez y la orfandad⁹⁸.

De la misma manera se plantea un sistema especial de pensiones, dirigido a *personas de la tercera edad y funcionarios públicos jubilados*, bajo otro régimen. El pensador añadió que la protección a la infancia no sólo consistía en la entrega de

⁹⁸BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Una visión comparativa del régimen de seguridad social”. Universidad Nacional Autónoma de México. Revista Nueva Serie N° 88. ene – abr, 1997. Extraíble en:<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/88/art/art1.htm#N5>

alimentos, sino también ropa y otras cosas más que podría hacerse de manera gratuita o a muy bajo costo. También incluyó la atención materna y a personas con discapacidad visual.

Finalmente su idea era la de eliminar el concepto mercantilista de la seguridad social, la cual sería administrada por una entidad pública que sustituiría a las agencias privadas, Trade Life Offices, las cuales a pesar de estar inspeccionadas, no satisfacían las necesidades de los trabajadores, pues solamente se dedicaban a manejar pólizas para atención médica y gastos funerarios. El plan de Beyeridge estableció un sistema basado en la cooperación entre obreros y empleadores con el apoyo del Estado⁹⁹.

Con este nuevo sistema los trabajadores obtendrían varias ventajas: mejorar de manera autónoma su mínimo de seguridad social, no depender de los intereses particulares, darle a cada persona los *medios necesarios para su subsistencia*, gozar de los mismos derechos y beneficios. Todo a través de una cuota que se aplicaría de acuerdo a la concesión de los servicios y la cual si un individuo no podía pagar, el Estado tendría que responder por ella.

Este modelo se convirtió en el régimen de seguridad nacional de Gran Bretaña, el cual contó con varias leyes de apoyo y fue puesto en marcha al finalizar la guerra. Para su funcionamiento el Ministerio de Trabajo creó otras dependencias, las cuales no sólo lo apoyaron en el área de sanidad, sino también en los temas de servicios

⁹⁹ENGLISH, Brian. Poverty and the industrial revolution. Londres : Ed. Hoder & Stoughton. 1971, p. 89.

sociales, contribuciones y comunicaciones, que hoy en día hacen parte de muchos programas de *seguridad social en el mundo*.

Estas dependencias se encargaron de administrar, entre otros, los temas relativos a contribuciones, tanto de empleados como de empleadores, trabajadores independientes o prestadores de servicios, así como los servicios a jubilados, de acuerdo con su nivel de salud, vejez o invalidez. De esta forma se establecían las cuotas, que es el modelo que ha regido hasta la fecha en muchos países.

Pero lo más destacado del plan es el Servicio Nacional de Sanidad, que administra los *servicios de salud* y que preveía la atención por parte de profesionales en el área de la salud: médicos, enfermeras, odontólogos, farmacéutas, optómetras, etc. Esto con el fin de tener un servicio óptimo y un sistema sanitario eficaz, apoyado en las demás funciones técnicas y administrativas. Las contribuciones y su cabal cumplimiento además sirven para tener un sistema actualizado, que atienda todas las especialidades.

Este modelo de salud del Reino Unido ratificó la convicción de que el Estado debe ser el *responsable de la atención médica y sanitaria de toda la población* y que se debe tener un combinado de asistencia, beneficencia y seguridad social, bajo los preceptos de eficiencia e integridad profesional.

Al ser las autoridades nacionales las encargadas de este tema, se tiene un mayor control y se supone que hay menor riesgo de corrupción, los servicios son más eficientes y no hay distracción de las entidades en otros asuntos.

Igualmente, la Ley, en este plan, establece la cooperación con el sector privado, para que este también provea algunos servicios y así se amplíe la atención a las personas. Así mismo se establece la posibilidad de obtener fondos adicionales cuando por circunstancias económicas no se pueden brindar todos los servicios¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Sistema Nacional de Sanidad. En : Britain National Healthn Service. Julio de 1944.

SECCIÓN CUARTA: EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE

1. CONTINGENCIAS CUBIERTAS ECONÓMICAS

VEJEZ: El incremento de la expectativa de vida y la baja *tasa de natalidad*, son las causas principales de que, en los países en vías de desarrollo, este creciendo en la distribución por edades o pirámide poblacional, el grupo de personas de la tercera edad¹⁰¹, produciendo este hecho,

1.1 CAJAS DE PREVISIÓN: En 1924 se crea un *Programa de Seguridad Social*, que dividió a los trabajadores en grupos, basado en un *sistema de reparto*, que cubre la vejez, incapacidad, muerte, más subsidios y beneficios de salud.

Se financiaban las pensiones de aquellos que ya no trabajaban, con un sistema de *Reparto*, en el Sistema Previsional Antiguo; es decir, había *aportes de los trabajadores activos, los empleadores y el Fisco*. Los Montos de pensión no tenían relación con los aportes realizados por los trabajadores, sino más bien con sus ingresos históricos, razón por la cual el fisco debió realizar cada vez mayores aportes para poder pagar las pensiones establecidas. No podían obtener una *pensión de vejez o invalidez*, al momento de pensionarse, si los trabajadores “no cumplían” con lo impuesto por su Caja de Previsión, según el caso, también perdiendo los aportes realizados, los años y la cantidad de imposiciones que se exigían para jubilar, dependía a que Caja se perteneciera.

¹⁰¹Término “entrópico-social”, indicador en la estructura de la población, del grupo de personas mayores, normalmente de 65 o más años.

1.2 Características. Fundado en un sistema de reparto; el antiguo *Sistema de Pensiones* (1920 – 1980); estas se pagan con las cotizaciones de los trabajadores y un aporte del empleador. *No contaban con reajustes automáticos de acuerdo con la inflación* y la Administración correspondía a las cajas de Previsión. *Se caracterizó por la coexistencia de regímenes de pensiones diferentes, tanto por estar destinados a distintos grupos ocupacionales, como por contemplar reglas y beneficios diversos.* Para los pensionados la inflación era un problema, toda vez que, los reajustes se hacían por Ley.

Durante los primeros años del sistema no hubo inconveniente para financiar a los pensionados. Sin embargo, la *disminución de la natalidad y el aumento de la expectativa de vida*, revirtieron esta relación, provocando una fuerte desfinanciación del sistema.

Disminución relación cotizantes - pensionados.

- En 1955, *por cada 12,2 trabajadores cotizantes había un pensionado.*
- En 1980, *por cada 2,5 trabajadores cotizantes había un pensionado, Se incrementó en 5 veces.*

- Evasión previsional: trabajadores y empleadores cotizaban sobre el valor del salario mínimo legal, solo en los últimos años cotizaron los valores reales para su jubilación, agravando el problema de financiamiento.
- Déficit fiscal: El Estado otorgó beneficios, equivalentes al 28% del gasto entre los años 1970 – 1980.
- Ausencia de equidad: No existía relación directa entre los aportes de los trabajadores y los beneficios recibidos. Existía desigualdades en *múltiples grupos cubiertos*, era facultad del poder político.

Para los jubilados y trabajadores no afiliados, o que no cotizan en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), y las obligaciones previsionales asumidas por el Estado; quien administrar los beneficios sociales y las pensiones, es en la actualidad el “Instituto de Previsión Social (IPS), o Instituto de Normalización Previsional (**INP**)”, creado en 1980, está basado en un impuesto *sistema de reparto*, a diferencia de las AFP que son de sistema de capitalización individual, por tanto el INP atiende a los pensionados y cotizantes de las antiguas cajas de previsión. Además, está encargado de pagar las pensiones de gracia, la pensión mínima, y todas aquellas que señalen las leyes, como las siguientes:

- Antiguo Régimen de Pensiones.
- Para pensiones mínimas del Nuevo Sistema Previsional, garantía estatal.
- Pensiones Asistenciales: de Ancianidad e Invalidez.

- Pensión Básica Solidaria de Vejez (PBS-Vejez).
- Aporte previsional solidario de vejez (APS-Vejez).

Ahora bien, las Constituciones latinoamericanas si bien, en cuanto a las cláusulas sociales referidas al trabajo, siguen en líneas generales la misma técnica del Constituyente mexicano, es decir, excesivamente reglamentaristas, en cuanto a la *seguridad social*, adoptan el sistema europeo. De esta forma, la Constitución de Chile (1.980), artículo 19, apartado 18; tiene como principio constitucional de la seguridad social, la cual es un derecho, *se integra a todos los ciudadanos, para garantizar protección ante las eventualidades que surjan por causa de algún riesgo social, que generasen estados de necesidades en estos.*

(Capítulo 3º Art. 19, Num. 7º, 9º y 18 de la Constitución), se establece que deben existir leyes que regulen la Seguridad Social, la acción del Estado a garantizar el acceso de los habitantes a prestaciones básicas, a través de instituciones públicas y privadas, permitiendo que las leyes establezcan cotizaciones obligatorias, así como también la supervigilancia por parte del Estado del derecho a la Seguridad Social. Está regida para los efectos del trabajo por la ley 16.744, la cual establece un seguro social de tipo obligatorio, que es por parte de los empleadores proteger a los trabajadores de los accidentes que sufran estos a causa u ocasión del trabajo que ejerzan, así como también las enfermedades causadas de forma directa por el ejercicio de la labor que este realice¹⁰².

1.3 ORGANIZACIÓN JURÍDICO INSTITUCIONAL. lo anterior, instaura una nueva *institucionalidad pública*, el Sistema Previsional Chileno, donde la responsabilidad del Estado se expresa con claridad, con lo cual la Ley 20255, enero de 2008, que entró en vigencia en Marzo del 2009, institucionalidad que consciente

¹⁰²El Nuevo Sistema en Chile.1.981-1997.

el Sistema Previsional propuesto, se estructura sobre un *sistema obligatorio, uno contributivo y uno voluntario*.

1.4 Requisitos para la Garantía Estatal

VEJEZ:

- ⇒ Haber cumplido la edad legal para jubilar, (60 años las mujeres y 65 los hombres).

- ⇒ Registrar, a lo menos, 20 años de cotizaciones en cualquiera de los dos sistemas de previsión o entre ambos. También se consideran los períodos de cesantía (con un máximo de 3 años).

2. NUEVO SISTEMA PREVISIONAL

En el que se enfatiza la *capitalización individual*, Ya no accediendo por aportes de los empleadores, ni del Estado, a las *pensiones de vejez*.

2.1 Administradoras de Fondos de Pensiones o AFP, serán sociedades anónimas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del D.L. 3500, de 1980, que exclusivamente tendrán los siguientes objetivos:

- a. Administrar un fondo, denominado Fondo de Pensiones,
- b. otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la Ley.

2.2 Resguardos y garantías de los fondos de pensiones

- 1) Separación de patrimonios. El patrimonio de los Fondos de Pensiones es independiente del patrimonio de la Administradora de Fondos de Pensiones (art. 33).
- 2) Inembargabilidad. Si quiebra una A.F.P., las cuotas se trasladan a otra A.F.P. (arts. 35 y 43 inciso 3°).

- 3) El destino del Fondo de Pensiones es único y exclusivo: las prestaciones que establece el D.L. 3500 (art. 23 inciso 1°).

- 4) Se establece para las A.F.P. la exigencia de tener una rentabilidad mínima.

3. MULTIFONDOS DE LAS AFP

Para prever las necesidades de los afiliados, la “Ley 19705 del año 2000”, adiciono el artículo 23 del D.L. 3500, modificándolo para crear un Segundo Fondo de Pensiones. Se precisó que los afiliados de menor edad desean que sus recursos se inviertan en instrumentos de renta variable que en el largo plazo son más rentables, pero que en el corto plazo son más riesgosos. Por el contrario, los afiliados cuyas edades se acerquen a aquélla de jubilar, (60 o 65 años de edad) así como también algunos pensionados prefieren que sus recursos se inviertan en instrumentos de renta fija, a fin de no arriesgar en el último momento, la rentabilidad obtenida en todos los años de cotizaciones.

Basándose en la misma idea y perfeccionándola, se dictó la ley N° 19795, de 28 de febrero del 2002, la cual volvió a modificar, entre otros, el artículo 23 del D.L. 3500.

El actual texto del referido artículo 23 señala que cada Administradora deberá mantener 4 Fondos:

- a. Fondo de Pensiones Tipo B
- b. Fondo de Pensiones Tipo C
- c. Fondo de Pensiones Tipo D
- d. Fondo de Pensiones Tipo E

Podrá mantener un Fondo adicional que se denominará Fondo de Pensiones tipo A.

3.1 PENSIÓN BÁSICA SOLIDARIA. Las personas que cumplan los requisitos determinados por la ley y que *no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional*, pueden acceder a un beneficio mensual en dinero que entrega el Estado, la Pensión Básica Solidaria de Vejez (PBS de Vejez).

3.2 PENSIÓN DE VEJEZ POR ANTIGUO SISTEMA. o *pensión mensual permanente y vitalicia*, es a la que tienen derecho los afiliados al Sistema una vez que hayan cumplido con los requisitos exigibles de edad legal para tales efectos, y/o mínimo de años requeridos o de tiempo computable, y deja de prestar servicio en su lugar de trabajo, tienen derecho a obtener una pensión, *según la ex caja de Previsión Social a la que se encuentra afiliado el solicitante*. Siendo uno de los beneficios previsionales consagrados en el D.L. N° 3500 de 1980, determinado en función del Saldo Efectivo de la cuenta de capitalización individual:

Tabla 1. Cuadro comparativo sistema de seguridad social entre Chile y Colombia

	CHILE	COLOMBIA
PENSIONES	“La Constitución Política de Chile de 1980, establece el derecho de todas las personas a la Seguridad Social, a cuyo fin el Estado deberá garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas	“La Ley 100 de 1993 crea el ‘ <i>Sistema General de la Seguridad Social Integral</i> ’, el cual está conformado por un conjunto de entidades públicas y privadas, además de normas y procedimientos, el cual se desarrolla a través de los

	<p>uniformes, a cargo de instituciones públicas o privadas. Mediante una ley podrán establecerse cotizaciones obligatorias para este fin y el Estado supervisará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.</p> <p>La seguridad social en Chile es de antigua data. Ya en el siglo pasado se crearon diversas mutuales por iniciativa de grupos de trabajadores. Sin embargo, es en la década del 1920, en que aparece en escena la Seguridad Social propiamente dicha, con programas estatales financiados con aportes obligatorios provenientes de la productividad del trabajo y con impuestos generales. (Ley 4054 Seguro Social, 4055 Ley de Accidentes del Trabajo, 4059 indemnización de EEPP). A partir de 1.924 Chile cuenta con un sistema de previsión social de carácter público que cubre, en mayor o menor medida, la salud, la vejez, la incapacidad y muerte, con subsidios estatales para hacer frente a las situaciones de enfermedad”.</p> <p>Con el transcurso del tiempo el sistema de seguridad social va</p>	<p>regímenes establecidos en los tres sistemas, pensión, salud y riesgos laborales. El mismo elimina el monopolio del Estado en la prestación de los servicios de la Seguridad Social, y establece un sistema competitivo, que implica que cada ciudadano puede elegir voluntariamente la Entidad que le prestará la atención médica o la que le gestionará sus aportes para pensiones”.</p> <p>Se constituyeron Sociedades Administradoras de Fondos tanto para Pensiones como para Cesantía Son las sociedades de servicios financieros cuyo objeto principal lo constituye la administración de fondos de cesantía creados por la Ley 50 de 1990, de los Fondos de Régimen de Ahorro Individual de que trata la Ley 100 de 1993 (fondos de pensiones obligatorias) y de fondos de pensiones de jubilación e invalidez (fondos de pensiones voluntarias), así como de otros patrimonios autónomos en los términos que señala la ley”.</p> <p>Pensiones</p> <p>El Sistema General de Pensiones se encarga de reconocer y abonar las correspondientes a Vejez o Jubilación, Invalidez y Supervivientes. Igualmente, reconoce y abona la “Indemnización</p>
--	---	---

	<p>ampliando su cobertura con diversos programas hasta lograr una amplia protección individual. El grado en que estos programas alcanzan a la población es elevado, al menos en comparación con otros países latinoamericanos.</p> <p>El instrumento principal de afiliación era el contrato de trabajo dependiente, es decir, el trabajo en empresas. Ello generó uno de los problemas del sistema, la escasa cobertura de la población, ya que una parte importante de la misma, formada por los trabajadores independientes, que representa cerca del 30% de la fuerza laboral, quedaron fuera de su protección.</p> <p>Este y otros problemas obligaron a plantearse la reforma del sistema y al propio cuestionamiento de la viabilidad del mismo, hasta el punto de que, en 1981, en pleno gobierno de la Junta Militar, atendiendo a los planteamientos liberales de la denominada Escuela de Chicago, se procedió a una drástica reforma del "sistema de seguridad social" que pierde el carácter de público y es sustituido</p>	<p>sustitutiva de la Pensión" y el Auxilio Funerario.</p> <p>"Existe un "<i>Fondo de Solidaridad Pensional</i>" que tiene por finalidad, complementar las aportaciones, que se reciben por el Sistema General de Pensiones tanto de los trabajadores asalariados o de los independientes del sector rural o urbano, que no tengan recursos para efectuar la totalidad de las aportaciones.</p> <p>Así, será la pensión Obligatoria es una prestación económica que obtienen quienes estén afiliados al Sistema General de Pensiones, a través de las Administradoras de Fondos (AFP) y/o del Instituto de Seguros Sociales (ISS), con el fin de garantizar a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la ley (Ley 100/93), el amparo vejez, la invalidez y la muerte.</p> <p>El Sistema está compuesto por dos Regímenes solidarios y excluyentes entre sí: el tradicional del ISS o <i>Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida</i> y el de los Fondos Privados de Pensiones o <i>Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad</i>.</p> <p>En el <i>Régimen de Prima Media con Prestación Definida</i>, las aportaciones de los afiliados y también los rendimientos</p>
--	--	---

	<p>por un “sistema de <u>capitalización individual</u>”.</p> <p>Para gestionar el nuevo sistema se crean unas instituciones, <u>las “Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), encargadas de recaudar las cuotas que aportan, en exclusiva los trabajadores, con las que se constituyen unos depósitos individuales que junto a los rendimientos de las inversiones con ellos efectuadas darán lugar en el momento de la jubilación, a los 65 años en el caso de los hombres y a los 60 en el de las mujeres, a una pensión de cuantía y duración acorde con el capital aportado.</u></p> <p>En paralelo el sistema público de salud es sustituido por un sistema privatizado a cargo igualmente de las aportaciones del trabajador.</p> <p>El Estado interviene en el sistema garantizando una cuantía mínima de la pensión a aquellos que hayan efectuado cotizaciones durante veinte años, al menos. El Estado también concede una pensión asistencial a los mayores de 70 años que carezcan de otros</p>	<p>se establece en un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago a los beneficiarios de la pensión de vejez, de invalidez o de supervivientes, o una indemnización sustitutiva, previamente definida.</p> <p>El <i>Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad</i> se establece en el ahorro proveniente de los depósitos y de los respectivos rendimientos financieros y la garantía de la pensión mínima. Los afiliados tienen derecho al reconocimiento y abono de las pensiones de vejez, invalidez y supervivientes, así como a las indemnizaciones sustitutivas, cuyas cuantías dependen de las aportaciones que hagan los afiliados y, en su caso, sus empleadores, y de los correspondientes rendimientos financieros.</p> <p>Pensiones Voluntarias</p> <p>Las pensiones voluntarias son un producto que ofrecen las Administradoras de Fondos de Pensiones, a través del cual el afiliado tiene la posibilidad de ahorrar voluntariamente para complementar la pensión obligatoria que recibe con el Sistema General de Pensiones. Cada AFP tiene la libertad de ofrecer diferentes Fondos de Pensiones Voluntarias</p>
--	--	--

	<p>ingresos, dentro de sus disponibilidades presupuestarias.</p> <p>ORGANISMOS ADMINISTRADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p> <p>Los organismos a través de los cuales se hacen efectivos los programas de la seguridad social son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • AFP Nuevo Sistema de Pensiones; (D.L. 3500, 1.980) • Cía de Seguros Pensiones (Rentas Vitalicias) • Cajas de Compensación Asignación Familiar, Subsidio de Cesantía, Subsidios de Incapacidad Laboral, Subsidios Maternales. • Mutuales de Empleadores Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Ley 16744) • I.N.P. Pensiones (Régimen antiguo) Subsidios: Cesantía, Incapacidad Laboral, Maternal, Familiar, a la Madre, Maternidad Recién nacido. 	<p>Servicios Sociales Complementarios</p> <p>Se ha establecido un programa de auxilio en favor de las personas de edad indigentes, que tiene por objeto “apoyar económicamente y hasta el 50% de la cuantía del salario mínimo legal mensual vigente”.</p> <p>“El programa es financiado entre el Estado y las Entidades territoriales. El <i>"Consejo Nacional de Política Económica y Social"</i> (CONPES) determina, anualmente, los recursos requeridos por el programa de auxilios a las personas de edad indigentes, de conformidad con los objetivos de ampliación de la cobertura, a cuyo fin el <i>"Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social"</i> (FIS) cofinancia el programa.</p> <p>Los Municipios o Distritos deberán garantizar la infraestructura necesaria para la atención de los ancianos indigentes y la elaboración de un Plan municipal en favor de la tercera edad, como parte integral del Plan de desarrollo municipal o de distrito. La Ley autoriza a las Entidades Territoriales a que creen y financien, con cargo a sus propios recursos, planes de subsidio al desempleo.</p> <p>“Dirección y Gestión</p>
--	---	---

	<p>Pensiones” Asistenciales de Invalidez y Ancianidad. Asignación Familiar Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ISAPRES Prestaciones médicas, Subsidios de Incapacidad Laboral y Subsidio Maternal. • S.N.S.S. Prestaciones Médicas, Subsidios de Incapacidad Laboral, Subsidio Maternal. • Hospitales Consultorios. Postas P.N.A.C. Programa Materno Infantil. • Municipalidades Subsidio de Cesantía • Intendencia Asignaciones Familiares, • S.U.F., PASIS: Ancianidad e Invalidez; Subsidio: a la madre, maternal, recién nacido • AFP: Administradora de Fondos de Pensiones. • INP: Instituto de Normalización Previsional. (D.L. 3502). 	<p>El Sistema General de Pensiones está supervisado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que es el encargado de formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas de empleo, trabajo, previsión y Seguridad Social, dentro de las directrices aprobadas por el Gobierno”.</p> <p>“Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se adscriben la Superintendencia del Subsidio Familiar, el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, la Caja Nacional de Previsión Social, el Servicios Nacional de Aprendizaje -SENA- y el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República”.</p> <p>A la Superintendencia Bancaria corresponde el control y la vigilancia de la administración de cada uno de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, vigilando que éstos cumplan con sus obligaciones.</p>
--	--	---

Fuente: Prolegómenos – Revistas UMNG

SECCIÓN QUINTA: CONCEPTO DE PENSIÓN DE VEJEZ

El concepto de la tercera edad, “es un término entrópico-social que hace referencia a la población de personas mayores, no necesariamente jubiladas”¹⁰³, guarda relación directa con el momento oportuno para pensionarse, existiendo recientes legislaciones dan una definición de lo que debe considerarse tercera edad, como la Ley 1251 del 2008 se refiere de manera expresa a una política nacional de envejecimiento y vejez¹⁰⁴.

Con el transcurrir de los años se va disminuyendo la capacidad laboral, el que se retribuya este desgaste con una prestación equivalente al ingreso recibido en la prestación de servicios, es apenas justo¹⁰⁵, constituyéndose como factor para tener en cuenta la edad avanzada, por la vulnerabilidad que ello significaba. No obstante, en nuestro desarrollo legislativo el reconocimiento general, y el acceso a la prestación era restringido, por lo que es posible aducir la existencia de variables relevantes y necesarias para el reconocimiento; es decir, no existía ninguna conciencia o voluntad de protección frente a la ancianidad como tal, sino como una

¹⁰³ En: <http://heiro-diseodeunambienteaprendizaje.blogspot.com.co> Recuperado el 18 de octubre de 2016.

¹⁰⁴ Por su parte, la Ley 1276 del 2009, sobre la Atención Integral del Adulto Mayor, ratifica el considerar como población de la tercera edad a quienes tienen por lo menos 60 años de edad, aunque acepta la posibilidad de incluir a personas entre los 55 y los 60 años, según dictamen médico.

¹⁰⁵ En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reitera que; “[...] constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo —20 años—. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la nación, sino el simple reintegro que, del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador” (Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero). Se refiere a veinte años de servicios que se exigían para trabajadores del sector público, pues la decisión se encarga de la revisión de constitucionalidad de la L. 38/89, que se refiere a normativa del presupuesto general de la Nación.

prestación retributiva ante labores extraordinarias¹⁰⁶, principalmente (La participación en conflictos armados o actividades de campañas constituía la primera consideración y actos de suma trascendencia que generaba el reconocimiento social y pensional)¹⁰⁷, una correlación lógica por la prestación de servicios destacados, esto es, atendiendo más al momento de retiro. La enfermedad era homologada a la vejez, porque impedía el progreso de las funciones asignadas, por lo que significaba decrepitud y era necesario el retiro del servicio, es decir, se trataba de casos extremos, que no demostraban de forma concreta una política frente a la tercera edad.

Se puede conceptualizar que la pensión de vejez, es un derecho fundamental, una prestación social representada en una remuneración mensual permanente que se obtiene por la cotización a un sistema pensional, durante un número mínimo de semanas, el cumplimiento de edad y las demás condiciones señaladas por la ley, que le permitan afrontar las contingencias de la vejez, con dignidad sobre una condición de ser humano, así las semanas de cotización y la edad varían dadas las características de cada régimen pensional, las normas de transición y otras circunstancias especiales definidas por el legislador.

¹⁰⁶ En las normas expedidas con posterioridad a la gesta independentista, se encuentran reconocimientos generales y otros por servicios prestados de manera particular sin mencionar el requisito de la edad.

¹⁰⁷ Como la Ley del 5 de agosto de 1823, dirigida a los empleados civiles y de hacienda; norma en la que se señala el reconocimiento pensional por el desempeño de sus destinos públicos, esto es, como un agradecimiento ante la prestación de servicios en actividades públicas.

El legislador colombiano toma la determinación de señalar unos requisitos¹⁰⁸ para efectos de acceder a esta prestación¹⁰⁹, que empieza a tener la orientación actual¹¹⁰, como una prestación a la que se accede después que se llega a una edad —considerada el momento adecuado para retirarse— y después de haber prestado su fuerza de labor durante un tiempo considerable.

La ley 100 unificó con esta denominación¹¹¹ las modalidades que venían rigiendo de pensiones por vejez (edad de retiro forzoso con derecho a pensión), de los sectores público y privado.

Los regímenes, *solidario de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad* tienen características y condiciones legales diferentes. “El monto mensual de la pensión mínima de vejez no puede ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”¹¹².

¹⁰⁸ Una edad, un tiempo de servicios y un tiempo de cotización al sistema: Esto sucede en el “régimen de prima media con prestación definida”, en tanto que en el “régimen de ahorro individual” el requisito está dado en razón del capital acumulado.

¹⁰⁹ Una de las primeras legislaciones en la que se señala expresamente una edad que hace suponer el retiro y el reconocimiento de la pensión de vejez, es la Ley 39 de 1903, sobre instrucción pública.

¹¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, 2.000, pp. 62-63.

¹¹¹ PACHÓN LUCAS, Carlos. Diccionario de la Seguridad Social – Colombia. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1997, M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

SECCIÓN SEXTA: PROTECCIÓN AL SISTEMA DE PENSIÓN DE VEJEZ

La pensión de vejez, ha sido tratada por vía judicial y legislativa de tal forma que al enfrentarse a otros derechos de pensión se proteja, con instituciones como la compatibilidad de pensión o la compartibilidad. Antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, las características del Sistema General de Pensiones estaban depositadas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con su vigencia y objeto. La pensión de vejez, en principio, es incompatible con otras pensiones, sin embargo, en una oportunidad se señaló que no es incompatible la “pensión de jubilación que reconoce una entidad oficial con la sustitución pensional o la pensión de vejez, como cuando el I.S.S. reconoce pensión de sobrevivientes a favor de una mujer viuda y otorga a la trabajadora pensión de vejez”¹¹³. Hay que precisar: el literal j del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala expresamente: “*El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características: ... j. Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez*”. Este artículo fue modificado, en parte, por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, pero dejó intacto el literal j. Por consiguiente, la única prohibición es para quien recibe una pensión de vejez, que no podrá simultáneamente recibir la pensión de invalidez (y, viceversa). Luego, no hay impedimento alguno para que alguien que reciba la pensión de vejez pueda también recibir la pensión de sobrevivientes (el único evento, en la práctica, para la de sobrevivientes, es que la obtenga por estar inválido; en este evento se trata de pensión de sobrevivientes y no de invalidez).

El tener derecho a la pensión no desplaza al de indemnización por retiro, hace parte de la seguridad social, se fundamenta constitucionalmente en el artículo 48,

¹¹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de marzo 3 de 1.994. Exp. 6289, M.P. Dr. ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ.

mientras que la indemnización hace parte de la normatividad laboral (del artículo 53); el “derecho a la seguridad social (basado especialmente en el art. 48 de la C.P.)”, no excluye el derecho a la indemnización que tiene por causa la reparación por afectarse la *estabilidad* que se sustenta en el artículo 53 ibídem, se halla que son causas jurídicas diferentes.

De ahí que existe un mapa institucional del sistema de pensiones, cuyo diseño arranca en el legislativo e involucra a la Dirección Nacional de Planeación, y al Poder Judicial , veámoslo :

Figura Nro. 1: Mapa Institucional Sistema de Pensiones en Colombia



Fuente: BOSCH, Mariano, y BERSTEIN, Solange. CASTELLANI, Francesca. OLIVERI, María Laura. VILLA, Juan Miguel. Diagnóstico del Sistema Previsional Colombiano y Opciones de Reforma. Unidad de Mercados Laborales y Seguridad Social. NOTA TÉCNICA N° 825.

SECCIÓN SÉPTIMA: RECONOCIMIENTO

Con el surgimiento de la ley 100 y la creación del sistema de seguridad social integral se contempló la necesidad de unir un conjunto de instituciones, normas y procedimientos para poder servir a la persona y a la comunidad con el cumplimiento progresivo por parte del Estado de planes y programas. Este sistema de seguridad social integral se crea con el objeto de obtener la calidad de vida de la persona y de la comunidad acorde con la dignidad humana, establece una serie de principios legales entre ellos la eficiencia, la universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación sobre los cuales se desarrollaría la citada ley, igualmente advirtió que la seguridad social se desarrollaría en forma progresiva para ir amparando a la población y a la calidad de vida, estableció que es un derecho irrenunciable y que se da a todos los habitantes del territorio nacional. Destaco que es un servicio público obligatorio a cargo del Estado. El sistema de seguridad social integral que desarrolla la ley 100 en cumplimiento del artículo 48 de la Constitución política tiene como objetivos garantizar las prestaciones económicas y de salud, los servicios sociales, la cobertura sobre principios constitucionales de solidaridad para que accedieran al sistema grupos que venían siendo desprotegidos como los campesinos, los indígenas, los trabajadores independientes, los artistas, los deportistas, las madres comunitarias. El sistema integral se desarrolla con un sistema general de pensiones, un sistema general en salud y un sistema general de riesgos.

En cuanto al sistema general de pensiones contemplo los dos regímenes el régimen solidario con prima media y el régimen de ahorro individual con solidaridad, en este sistema general de pensiones la afiliación se es obligatoria excepto para los trabajadores independientes, la elección se hace en forma voluntaria y los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones de las pensiones de

vejez, invalidez y sobrevivientes. Al afiliarse la persona le implica la obligación de efectuar los aportes establecidos en la ley.

Para el efecto pensional en los dos regímenes se contempló la sumatoria de los aportes efectuados al ISS, a cualquier Caja o fondo del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, en cualquier número de semanas, como también para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes , además contemplo la posibilidad de una pensión mínima en virtud del principio de solidaridad, crea el Fondo de Solidaridad Pensional, y la no posibilidad de recibir pensión de invalidez y vejez.

En cuanto a su afiliación obligatoria se es, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos salvo los que por excepción sean descartados por sus condiciones socioeconómicas bajo un régimen subsidiado en el fondo de solidaridad pensional. Los trabajadores independientes y todas las personas naturales que residan en el país y los colombianos domiciliados en el exterior al igual que los extranjeros que tengan un contrato de trabajo y permanezcan en el país y que no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro. Es de destacar que los regímenes son incompatibles es decir que no se podrán distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes.

En el *Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida*, la norma inicial establecida fue el artículo 33 de la ley 100 de 1993, que señalaba dos condiciones: la primera que la mujer hubiese cumplido 55 años de edad y el hombre 60 años; segundo haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, es decir que los requisitos de la pensión bajo estos parámetros tanto para la edad como para

el monto de la cotización eran más favorables, por cuanto las 1000 semanas de cotización correspondían a 20 años; también se podía establecer en cualquier tiempo, es decir que de una u otra forma no exigía que fuesen continuos, sino que las personas por alguna u otra circunstancia tenían la posibilidad de hacer cotizaciones en forma discontinua.

Posteriormente esta norma del artículo 33 de la ley 100 de 1993, fue modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, estableciendo que a partir del primero de enero de 2014, la edad en la mujer se extendería hasta los 57 años de edad, es decir que aumenta dos años y para los hombres pasa a la edad de 62 años, es decir que se incrementó igualmente en dos años.

Pero la segunda condición fue modificada en cuanto al número de semanas a partir del primero enero del año 2005, el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del primero de enero, de dos mil seis en 25 semanas, exigiendo llegar a 1.300 semanas en el año 2015, es decir que ya el número de semanas paso a incrementarse en 6 años más de cotización, es decir toca mantenerse en el régimen de prima media en una cotización por lo menos de 26 años.

Pero igualmente contempla la posibilidad que para el efecto del cómputo de las semanas se podrían tener en cuenta conforme lo señala el Parágrafo primero del artículo 9 de la 797, que nos indica:

Parágrafo 1º. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicios como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Igualmente, en cuanto a la madre trabajadora que tuviese un hijo menor de 18 años con discapacidad calificada, señalo una particularidad de poder obtener la pensión cuando menos con las solas semanas de cotización.

De lo que se colige que, la *edad y el tiempo de servicios o cotizaciones*, son los requisitos necesarios para adquirir la pensión de vejez. La edad para acceder a la pensión de vejez era de 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 incrementó en dos años, es decir, es de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres¹¹⁴. Los regímenes especiales y los exceptuados indicarán cuáles son las condiciones para

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1.995, M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

que una pensión de vejez pueda ser reconocida. El reconocimiento se produce mediante un Acto por escrito de la *Entidad encargada de reconocer y pagar la Pensión*, no es solamente la admisión del derecho sino la cuantificación del mismo derecho.

SECCIÓN OCTAVA: REQUISITOS

Se puede presentar la solicitud sin necesidad de retirarse del trabajo, (debe) completar los requisitos que las normas exijan, bien sea que esté dentro de cualquier régimen; tienen que ver con el tiempo laborado (o de servicios), con las cotizaciones y con la edad. Podemos enumerarlos de manera general, debido a los regímenes especiales que las normas han establecido, para determinados empleados; sin embargo, las personas que adquieren dichos requisitos o status en vigencia de la Ley 100 de 1.993 deben reunir los siguientes:

1. Registro civil de nacimiento para demostrar la edad (55 años para mujeres y 60 años para los hombres). Se exceptúan los cobijados por los regímenes especiales.
2. Certificado de tiempo de servicio, demostrando haber laborado 20 años de servicio como mínimo o 1000 semanas cotizadas, en cualquier tiempo a cualquier caja y *regímenes del Sistema General de Pensiones*, suscrito por el jefe de personal o quien haga sus veces.
3. Certificado de factores salariales, desde el primero de abril de 1.994 hasta la fecha del cumplimiento del status, es decir cuando cumpla la edad y el tiempo de servicio, o si el tiempo es superior hasta cuando cumpla la edad, que sería el segundo requisito, suscrito por el pagador o quien haga sus veces. En caso de haberse retirado antes, los factores salariales certificados hasta la fecha de retiro del servicio oficial.

4. Con respecto a los requisitos que exige el Instituto de Seguros Sociales es indispensable allegar la certificación de los bonos pensionales.

- Tiempo Laborado. El tiempo incide en el monto de la pensión, en Colombia el tiempo exigido es de veinte años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede hablarse solamente de cotización, establecida en la norma. Toda vez que, la Corte Suprema de Justicia considera lícito variar las condiciones de tiempo, modo y lugar, no respalda la jurisprudencia de los derechos en vía de adquisición.

Se ha establecido en el artículo 13 de la ley 100, que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones de los dos regímenes se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de esta ley, que se hayan realizado al ISS o a cualquier Caja, Fondo o Entidad del servicio público o privado, e igualmente el tiempo de servicio como servidor público, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o su tiempo de servicio.

- Equivalencia por Texto Publicado. En el caso colombiano, con las condiciones que el Consejo de Estado ha señalado, las entidades administradoras han sido recias a admitir imputar al factor tiempo los textos publicados, en Sala de Consulta y Servicio Civil, el 22 de abril de 1998, al consultársele rindió el siguiente concepto:

El artículo 13 de la Ley 50 de 1886 fue derogada tácitamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, se encuentra vigente para los servidores públicos exceptuados de la aplicación del sistema de seguridad social integral de la ley 100 de 1993 en el artículo 279 de la misma, y para los servidores públicos que se encuentran en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de dicha ley, esto es, aquellos que el 1º de abril de 1994 tenían 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, y estaban en esa fecha afiliados a un régimen pensional.

Es diferente si las cotizaciones que corresponderían a esos años de equivalencia deben ser compensadas a la entidad que reconoce la Pensión. En esta última situación, en la Sentencia T-534-2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se dijo:

{...} la discusión no gira en torno a bonos pensionales o cuotas de cotizaciones sino en si debe o no cotizarse por los libros publicados y, en caso positivo, la pregunta sería quién cotiza. En este evento para evitar que se presente una afectación del equilibrio financiero de la entidad que reconoce la pensión, lo correcto no es que se pierdan bonos o cuotas improcedentes, sino que se cotice lo justo tanto por parte del empleador como por parte del trabajador...

Y, también dice el Consejo de Estado:

{...} dentro del requisito tiempo de servicio del servidor público que se encuentre en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, hay que analizar la normatividad anterior y dentro de ésta se encuentra el artículo 13 de la Ley 50 de 1886, que concede dos años de servicio, para efectos de obtener la pensión..., hoy llamada de vejez, al servidor público que cumpliendo una labor de instrucción pública o tareas de magisterio privado que la norma asimila a la primera, elabore un texto de enseñanza. ...No se le asigna a una entidad estatal diferente el tiempo de dos años de servicio por un texto de enseñanza, sino que es la misma entidad estatal que hace el reconocimiento de ese tiempo por dicha causa, lo que debe asumir su correspondiente cuota parte de la pensión, razón por la cual no se opondría a ello.

La simple manifestación de un centro educativo de que el libro se encuentra en biblioteca no significa que se trate de un texto de enseñanza.

Un texto de enseñanza es un libro que instruye y educa a los estudiantes sobre una materia del pensum o programa académico de la educación formal, en sus distintos niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, o de la educación superior¹¹⁵.

c) Tiempo Cotizado. La Entidad que reconoce la Pensión tiene la información a este respecto, si se ha cotizado en otras, se presenta con la solicitud la información correspondiente, que puede ser comprobada por quien recibe la documentación. La Ley 797 de 2003 habla de 1000 semanas cotizadas que luego se aumentan; pero, el tiempo de servicio de los servidores públicos en el “literal b del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”; si no se afilia al trabajador y, no se cotiza por omisión del empleador, también se tiene en cuenta el tiempo de servicios, se habla de prejubilación como un derecho, pero no absoluto.

d) Equivalencia por Horas Laboradas. 1000 semanas de cotizaciones equivalen a 7000 días de trabajo ¿Cuántas horas deberían laborarse para que se compute un día?, en algunas ocasiones (caso de los profesores hora cátedra) el establecimiento educativo cotiza a la seguridad social, aunque el profesor no labore 8 horas al día.

a. Si se cotiza como si se hubiere laborado todo el período diario, no hay necesidad de la equivalencia y se tiene en cuenta el día completo. El empleador puede

¹¹⁵*Las certificaciones que expidan dos rectores de colegios o universidades, o los decanos de facultades, con el visto bueno del rector, deben señalar el contenido del libro, el establecimiento o establecimientos educativos que lo hayan adoptado como texto de enseñanza, el tiempo durante el cual haya servido para la enseñanza, el número de páginas del libro y las razones que tengan para haberle dado su aprobación, de “conformidad con lo establecido por los artículos 1º y 2º del Decreto 753 de 1974”.*

disminuir el número de las 48 horas semanales de trabajo y pagar la mensualidad completa, se considera que fueron 30 días.

- b. Se debe tener en cuenta para aquellas personas no cobijadas por el Régimen de Transición, la Ley 797 de 2003 no dijo nada al respecto, para las que, si lo están, se predica el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que establece:

Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de...vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los descansos remunerado y de vacaciones conforme a la ley...

Si no se paga el salario por mensualidades o quincenas o días.

- e) Según el artículo 9 de la Ley 797, las semanas cotizadas que se requieren para la Pensión de Vejez son:

Tabla 2. Semanas cotizadas para la pensión de vejez.

AÑO	NÚMERO DE SEMANAS
2003	1000
2004	1000
2005	1050
2006	1075
2007	1100
2008	1125
2009	1150
2010	1175
2011	1200
2012	1225
2013	1250
2014	1275
2015	1300

Fuente: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 de 2003. Diario Oficial N° 45079 del 29 de enero de 2003.

f) Retén Social. El *derecho* basado en la confianza legítima, que tienen las personas próximas a pensionarse, como expectativa legítima, por ejemplo, el legislador con ocasión de la expedición de la Ley 790 de 2002, que permite adelantar programas de renovación de la administración pública (entre ellas, suprimir o escindir entidades, para reducir el tamaño del Estado), su artículo 12 estableció un derecho de estabilidad, para los trabajadores que quedarían afectados con las medidas que se adoptaren, no podrán ser retirados del servicio entre otros, aquellos *servidores públicos que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de vejez, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la presente ley.* La *protección especial* para pensionarse, de la Ley 790 fue modificada por la Ley 812 de 2003, artículo 8, literal D, que instituyó un límite temporal, *salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de vejez*, por lo que aparentemente para el tema de pre-pensionado, no se fijó restricción temporal alguna. Acontece que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-991 de 2004, declaró la inexecutable del límite temporal, quedando

en firme la no restricción temporal para este grupo¹¹⁶. Dentro de la razonabilidad y con criterio analógico, se resuelve la inquietud de cuántos son los años para que un trabajador exija quedar acaparado con el retén social, serían al parecer, tres (3) años. Explica la Corte en Sentencia T-009 de 2008 (M.P.: Marco G. Monroy Cabra): *En otros términos, a quienes le faltaren menos de tres años para adquirir el derecho a pensionarse les era aplicable la protección de no poder ser desvinculados de la entidad*, por lo que mientras exista la Entidad y no sea liquidada, solamente puede ser retirado si se le reconoce la Pensión e ingresa a nómina de pensionados. La Corte Constitucional hace una interpretación, en que la Ley 812 de 2003 extendió el programa de renovación de la administración pública nacional, modificó la Ley 790 de 2002¹¹⁷, por eso se plantea el interrogante; de cuándo se contabilizarían los tres años que se señalaban, a partir de la promulgación de dicha ley, ... *la conclusión congruente es que la definición de 'persona próxima a pensionarse' debiera desligarse de uno de sus elementos: la fecha de vencimiento establecida en la Ley 790*. Para iniciar el conteo de los tres años, no será la fecha de promulgación de la Ley 790, sino de la reestructuración efectiva de la Entidad. Dentro de este aspecto, si se inicia un proceso de liquidación, el retén social cobija el período de los tres años a partir del Decreto de liquidación y hasta que ésta realmente se concrete, durante todo el período de liquidación de una de estas Entidades (tanto el inicialmente fijado como las prórrogas que hubiere). Por consiguiente, es la aplicación de los Principios de Igualdad y de Favorabilidad (no obstante, la Sentencia T-0011 de 2010 aclara que el retén social no puede considerarse como un derecho absoluto).

¹¹⁶ De ahí que, la Sentencia T-009-2008, indica que el reten social no tiene límite temporal alguno y se prolonga hasta la culminación jurídica de la liquidación definitiva de la respectiva Entidad, es decir, hasta la culminación jurídica de la misma. En idéntico sentido se pronunciaron: Sentencias de la Corte Constitucional Nros. T-182, M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, T-1030 de 2005, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, y T-646 de 2006, M.P. Dr. RODRÍGO ESCOBAR GIL.

¹¹⁷ ...*como la Ley 812 de 2003 incorporó las normas del retén social de la Ley 790 a un plan general –de mayor amplitud– de renovación de la Administración Pública, ...*

g) Edad. Salvo que por régimen especial o exceptuado se señale una edad menor, la desigual edad para el varón y la dama se ha considerado Constitucional, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en la norma general vigente es de sesenta (60) para el hombre y cincuenta y cinco (55) años para las mujeres. La Corte discurrió que son exequibles los artículos 33 párrafo 4º, 35 incisos 1º, 2º (parcial) 4º, 61 literal b, 64 inciso 2º, 65 inciso 1º, 117 literal a, literal b, incisos 2º y 4º y el párrafo 2º, así como el artículo 133 incisos 1º y 2º y párrafo 3º, de la Ley 100 de 1993, los cuales tratan de diferente edad para acceder a las pensiones sanción y a la de vejez. Aparece la tendencia a pugnar la exclusión por razón de la edad.

Con ocasión del artículo 9º, párrafo 3º de la Ley 797 del 2003, considera para los trabajadores particulares¹¹⁸, como justa causa para terminar el Contrato de Trabajo, o en la Relación Legal o Reglamentaria (servidores públicos)¹¹⁹; se está exigiendo la renuncia de las personas que *cumplen con los requisitos establecidos para tener derecho a la Pensión.*

Se trata de una discrecionalidad relativa para el empleador:

¹¹⁸ El reconocimiento no es justo motivo de despido por no estar comprendido en *las causales que justifican la terminación unilateral del contrato de trabajo.*

¹¹⁹ Una interpretación integral indica que **no existe discrecionalidad absoluta** para el ejercicio de la facultad de retirar a una persona de la relación laboral porque esto atenta contra los principios fundantes de la Constitución, contra el derecho a la igualdad, al trabajo y la seguridad social como ascendiente del salario que venía devengándose.

- Para quienes están en el Régimen de Ahorro Individual, a pesar de cumplirse los “requisitos para la pensión de vejes”, la Ley 100, artículo 64, les permite continuar cotizando hasta los 62 años si son hombre y 57 si son mujeres;
- Quienes son servidores públicos están sujetos y, al mismo tiempo amparados por la Ley 490 de 1998 (norma que señala la edad de retiro forzoso)¹²⁰.

La Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1995, declaró exequible el Decreto 2400 de 1968 que dispone la *edad de retiro forzoso a los 65 años* (salvo el caso de los Magistrados y de los funcionarios electos popularmente), aunque la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público aflige el derecho al trabajo, en todo caso para la Corte Constitucional es aceptable si la fijación responde a criterios objetivos y razonables y es proporcional a los fines Constitucionales; la opción de retirar a un servidor público de su empleo cuando llega a determinada edad obrante en una Ley es un instrumento para lograr el principio de *igualdad de oportunidades*, en el acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo, además de los artículos 54 y el 334 de la C.P. Para la Corte la edad de retiro forzoso de los servidores estatales, su determinación legal, debe fijarse en criterios objetivos y razonables como lo es la expectativa de vida promedio de la población del país¹²¹. “(...) *El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991...*”, no puede operar el retiro forzoso para servidores públicos antes de los 65 años, ni puede obligarse al mismo, indica el artículo 150 de la Ley 100, además existe protección especial

¹²⁰ El artículo 14, fue declarado inexecutable, Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 1999, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

¹²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1997, M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

para mayores de 60 años, por ser *adultos mayores*¹²², parágrafo: “No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución..., si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”. La norma que establece la edad de retiro forzoso, modificada por el Decreto 3074 de 1968, y reiterada en el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, insta la cesación definitiva de funciones se produce entre otros casos por retiro, a excepción de los funcionarios elegidos por un período constitucional (Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador, Fiscal), en cuyos casos se puede sobrepasar la edad de los 65 años hasta agotar el período. En la Corte Suprema, Consejo de Estado, y en el Consejo Superior de la Judicatura, si se aplica la edad de retiro forzoso.

Sin perjuicio de lo establecido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera derecho a disfrutar de su pensión de vejez... podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo por 10 años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones (Art. 19, Ley 344-1996).

Determinándose que hoy a partir de la ley 1821 de 2016, la cual fue avalada por la Sala Plena de la Corte Constitucional para señalar que la edad de retiro forzoso para el servidor público paso de 65 años a 70 años, quiere decir que bajo el anterior criterio señalado por la Corte Constitucional, el aumento de la edad de retiro forzoso, si quebranta el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargo públicos.

¹²² Artículo 7 Ley 1276 de 2009 y Sentencia de la Corte Constitucional No. T-390 de 2009, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

A su vez, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 especifica, que es opcional, y no una obligación para el empleador, el otorgarle la facultad de poder dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la Pensión por parte de las administradoras. *A contrario sensu*, tratándose del sector público, si el trabajador está a portas de pensionarse no puede ser retirado del servicio, hasta que se reconozca el derecho pensional. La constitucionalidad del antedicho artículo fue condicionada mediante Sentencia C-1037-2003; indicando que además de la notificación del *reconocimiento*, debe existir la notificación de la inclusión en nómina del pensionado correspondiente.

Coexisten entonces unas normas que protegen la estabilidad laboral hasta la edad de retiro forzoso y otras que marcan como causal de la terminación de la *relación laboral* el completar los requisitos para la Pensión, la Corte Constitucional admite que el legislador puede implantar causales adicionales para terminarla o para situar el término durante el cual se puede ocupar un cargo público, parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797.

Norma que regula la causal de retiro respecto de quien ha cumplido los requisitos y no ha sido pensionado o, siéndolo no está dentro de la nómina de pensionados; que no es para quien ya está pensionado y percibe la tasa de reemplazo, puede solo ser invocada por el empleador del trabajador donde está en vía la inminente Pensión, además el pensionado que accede a un cargo o empleo no cotiza para pensiones. Por lo que es necesario poner de presente los siguientes aspectos:

- La Sentencia C-754 de 2004 declaró inexecutable el artículo 4º de la Ley 860 de 2003,

- Para ser incluido en nómina de pensionados debe presentarse por el interesado la petición de ingreso adjuntando la constancia del retiro, los correspondientes paz y salvos, y la indicación de la EPS
- La ley permite que estando laborando el trabajador pueda tramitar su Pensión y, hacerlo el empleador también, por admitirlo la transcrita Ley 797.

h) Derechos adquiridos. Al respecto, la jurisprudencia Constitucional ha reiterado sobre los derechos fundamentales¹²³ que se le vulneran al pensionado:

{...}2. El artículo 11 de la ley 100 de 1993 ordena respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos conforme a normatividad anterior. Determinación que se corrobora en las sentencias C-027/95 y C-158/95.

En numerosos fallos, entre ellos la SU-430/98, se dice que hay un derecho adquirido a la pensión de vejez. Estas jurisprudencias tienen su precedente en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cuando está ejercía el control constitucional.

3. La seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad)¹²⁴ y es

¹²³ Artículos 23, 29 y 48 de la Constitución.

¹²⁴ Desconocer la condición más favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte Constitucional en la T-456/94, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, T-440, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, T-369, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, T-242, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, T-549, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, y C-177 de 1.998, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, T-295/99, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, T-408-00, M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS y T-1294-00, M.P. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

*exigible ante los jueces. Artículos 48, 86, 228 y 229 de la Constitución Política*¹²⁵.

Después de reconocer el *derecho a la seguridad social en pensiones*, la Ley instituye el derecho a subsistir en el trabajo cinco (5) años¹²⁶ más, y mejorar la tasa de reemplazo (o mesada)¹²⁷.

i) En la situación del *retiro forzoso* para los docentes universitarios, se aumenta a 75 años la edad, en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que no quedó derogado por la Ley 797 de 2003, porque en su artículo 9º, parágrafo 3º consagró una causal de retiro justo cuando se completen los requisitos para Pensión, para el sector privado, como lo establece el literal g), art. 59 del Decreto 2277 de 1979.

Por lo tanto, para el sector público, “el servidor... que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los Docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más”, igualmente de conformidad a los literales b. e. i., art. 63 del Decreto 1278 del 2002, se especifica la justificación del retiro respetando:

- La posibilidad de 5 años más de trabajo (siempre que no sobrepase la edad de retiro forzoso) para mejorar la mesada;

¹²⁵ H. Corte Constitucional, sentencia T-631 de 2002, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹²⁶ La Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2002, M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, escribió en su parte resolutive, que esa permanencia por cinco años es una garantía especial de estabilidad.

¹²⁷ Parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

- Ingresar el jubilado a nómina de pensionados, según la sentencia C-1037-2003.

Antes de llegar a la edad de retiro forzoso, se puede retirar a un docente que tiene derecho a su Pensión, siempre y cuando previa inclusión en nómina de pensionados, se le respeten los cinco (5) años adicionales para mejorar la mesada. Existe una relación directa entre la indemnización y la afectación a la estabilidad laboral, ha resaltado la indispensable indemnización, la Corte Constitucional¹²⁸, aunque se trate simplemente de procesos de reestructuración que impliquen supresión de cargo y/o se trate de funcionarios en provisionalidad, y al retiro del personal de carrera administrativa.

Es así como, por ejemplo, el Sistema de Seguridad Social estadounidense propone que, el desafío de crear consenso es significativo, pero superable. El proyecto FRESH-Thinking demuestra que, a pesar de diversos antecedentes e intereses, las personas pueden acordar los elementos fundamentales que proporcionarán una base sólida para un sistema. La esencia de estos elementos es la reforma y la modernización de cómo financiamos y ofrecer atención para garantizar un valor real, con un crecimiento sostenible en costos.

“Crear intercambios de seguros estatales o regionales para agrupar riesgo, de modo que los estadounidenses que no tienen acceso a otro grupo de seguros podrían obtener un paquete de beneficios estándar a través de estos intercambios. Los empleadores también deberían estar autorizados para participar en estos intercambios para la cobertura de sus empleados¹²⁹.”

¹²⁸ Sentencia C-349 del 2004, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹²⁹ SHORTELL, Stephen M. PhD. Toward a 21st-Century Health Care System: Recommendations for Health Care Reform. En: Annals of Internal Medicine. 7 April 2009. vol. 150, no. 7, p. 495.

Debido a la selección de riesgos y suscripción, funciona mal la minoría de los mercados de seguros grupales e individuales. Pueden ampliar las ofertas a grupos pequeños y personas en menor tasa, los intercambios en los que las compañías de seguros ofrecen un paquete estándar de beneficios con emisión garantizada, portabilidad y renovabilidad, y sin exclusiones para las condiciones preexistentes. Los intercambios deben implementar pagos ajustados al riesgo, para minimizar la selección adversa, junto con la cobertura obligatoria para beneficios estándar. Estos mandatos sobre seguros deben estar acompañados de mecanismos para garantizar completa participación de los elegibles para evitar la acumulación de solo personas de alto riesgo dentro del intercambio en las empresas. Los mecanismos potenciales incluyen subsidios sustanciales, posiblemente combinados con mandatos ejecutables. Debería permitírsele participar a los empleadores en estos intercambios para la cobertura de sus empleados:

Es así que, la seguridad social en Estados Unidos está encargada del sistema de pensiones públicas y, la agencia de seguros sociales es muy descentralizada, a diferencia de lo que ocurre en Europa, los seguros de salud son privados. Por lo que, las cotizaciones no las recauda la agencia del seguro social, sino la administración de impuestos y por lo tanto no hay dos trámites de recaudo. Todo empleado cotiza 7.65 por ciento de su sueldo y el empleador aporta otro 7.65 por ciento. Y para tener derecho a pensión, los trabajadores independientes cotizan 15.30 por ciento. Estas cotizaciones garantizan una pensión de 42 por ciento del salario del trabajador promedio. Siendo que la pensión es solo el 27 por ciento del salario, para los empleados mejor asalariados.

Para la edad de pensión, es de 65 años, acordándose aumentar paulatinamente hasta 67 años. En Colombia las cotizaciones para pensiones son la mitad de las estadounidenses y se garantiza hasta un porcentaje superior al setenta y cinco por ciento del salario para quien haya cotizado 25 años. La edad de retiro para los afiliados es inferior, tanto para mujeres como para los hombres.

En los primeros años de la carrera laboral del trabajador, en Estados Unidos, disminuyen los incentivos a la sub-declaración de sueldos en las cotizaciones. “La pensión se calcula sobre el valor actualizado de todos los sueldos declarados del cotizante durante su vida laboral. La actualización se hace con base en las variaciones anuales en el índice promedio de salarios en la economía”¹³⁰. En este sistema la pensión no se calcula sobre los dos o tres últimos años de ingresos de trabajo del pensionado.

El cincuenta por ciento los empleados ingresan a planes privados de pensión para complementar ingresos una vez se retiren, como las pensiones solo revisten una menor compensación de los ingresos usuales del trabajador, estos planes son uno de los principales umbrales de ahorro en el país. En Colombia, la mayoría de los adultos mayores se ven obligados a depender económicamente de sus familias o seguir trabajando después de la edad de jubilación. Situación aún más grave si se tiene en cuenta que al día de hoy menos de la tercera parte de la población mayor de 60 años puede acceder a una pensión.

¹³⁰Redacción ELTIEMPO. 19 de julio de 1992. *LAS PENSIONES EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA*.<<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-160278>>.

SECCIÓN NOVENA: BASE REGULADORA Y PORCENTAJE

Para lo que la *teoría de la seguridad social* denomina indistintamente *base reguladora*, o *haber regulador*¹³¹, la Ley 100 de 1993 señaló en su artículo 21; bajo la denominación de *Ingreso Base de Liquidación*, para el régimen ordinario de las pensiones, la Ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes, pero según la Sentencia T-865 de 1999, la base para liquidar la Pensión es el salario realmente devengado, no el aporte que los empleadores remitan. No se puede entender el cálculo del monto de la Pensión sobre una base, sin un porcentaje del que se obtiene, “para los regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que estos señalen específicamente”¹³².

El inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que el Régimen de Transición, expresamente cubre *el monto de la pensión de vejez*, y esto significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una *base reguladora* explícitamente fijada en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971. Por eso la Corte Constitucional, en la citada Sentencia T-631-2002 determina que no se puede afirmar, que el porcentaje corresponderá a un régimen especial y la “base reguladora” a lo señalado en la Ley 100:

¹³¹ Ver Sentencias de la Corte Constitucional, T-865 de 1999, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. T-1016-2000, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. SU-430 de 1998, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. C-179 de 1997, M.P. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ. T-235-2002, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, entre otras.

¹³² “Si quien liquida una pensión no toma el porcentaje de la base reguladora que figura en un régimen especial, se incurre en vía de hecho y se viola el debido proceso y además los derechos a la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la garantía de los derechos adquiridos” (Corte Constitucional, Sentencia T-631-02, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA).

*Ya se indicó que la Ley 100 de 1993 dice que en el régimen ordinario el promedio para la mesada se calcula sobre los recibidos en los últimos diez años. Pero, puede haber dos circunstancias excepcionales: i) cuando un régimen especial, dentro del régimen de transición, específicamente fija la base reguladora y el promedio; que es el caso de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público; y, por consiguiente, se aplica lo que indique la norma del régimen especial: Y, ii) cuando un régimen especial, (que no es la situación para los empleados de la rama jurisdiccional) **no fija ni la base reguladora ni el promedio**, evento en el cual se tiene en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de dicha ley’.*

Salario que se perciba y base reguladora. En el caso colombiano es clara la relación automática entre las pensiones y los salarios (aplicación del principio de *valorismo* o *realismo*, en contra de la teoría nominalista). De conformidad a lo establecido por la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia; “(...) la obligación dineraria está determinada por el poder adquisitivo de la unidad monetaria, el cual la condiciona...”, ubicada dentro del Estatuto del Trabajo por el artículo 53 de la C.P., referenciada en el Convenio 102 de la OIT, no aprobado por Colombia, y en la legislación anterior a la Ley 100:

- a) Ley 1ª de 1932 estableció una escala móvil según el sueldo.
- b) Ley 6ª de 1945 estableció las dos terceras partes *‘del promedio de sueldos o jornales devengados’*.
- c) El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 260, establecía como monto de la mesada el 75% *‘del promedio de salarios devengados en el último año de servicios’*.

- d) Para los funcionarios del Estado, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 señalo medida idéntica. El Decreto 1848 de 1969 clarifica que el porcentaje es sobre salarios y primas de toda especie.

- e) Ley 33 de 1985 mantiene el 75% “*del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios*”.

- f) La Ley 100 de 1993, artículo 18 expresamente indica que la base de cotización será el salario mensual. Se establecieron dos regímenes, el de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene relación con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, mientras que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, se tiene en cuenta el *‘ingreso base de liquidación’*¹³³.

Resulta difícil que una teoría jurídica pueda explicar y, sobre todo, justificar lo que está pasando en este asunto en el Derecho colombiano. Es así, que lejos de existir certezas y, después de más de ocho años de debate, y de dos sentencias de unificación de la Sección Segunda¹³⁴ del Consejo de Estado y de dos de la Corte Constitucional, quedan preguntas como: ¿Cuál es el precedente aplicable? Si es el de la Corte Constitucional, ¿aplica solo para quienes consolidaron su derecho

¹³³En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es el *salario realmente devengado* (Corte Constitucional, Sentencias T-865/99, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. SU-430/98, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. T-971-01, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. C-179/97, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. T-1016-2000, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO).

¹³⁴C. E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Segunda. Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), ago. 4/10, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Y C. E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Segunda, Rad. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13), feb. 25/16, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

pensional antes de la Sentencia C-258 del 2013 o de la Sentencia SU-230 del 2015?, ¿o acaso lo determinante es que al momento de proferir el fallo ya estuviera vigente el precedente? Y, entre tanto, ¿cómo día a día están resolviendo los magistrados y jueces estos procesos? ¿Se están desconociendo el impacto fiscal, la seguridad jurídica y el derecho fundamental a la igualdad? y, tal vez, requiramos de una teoría que nos permita entender lo que ha sucedido en esta historia kafkiana, un sistema caótico, “flexible y no lineal, en donde el azar y lo no predecible juegan un papel fundamental”¹³⁵.

En un primer momento, este debate fue definido por la Sala Plena del Consejo de Estado, que para el año 2010; “unificó su jurisprudencia en el sentido de señalar que el IBL hacía parte del régimen de transición y, en consecuencia, tanto los factores salariales como el tiempo que se tenía en cuenta para liquidar la pensión debían ser los previstos en el régimen anterior al de la Ley 100 para el servidor público correspondiente”. Tanto en los regímenes generales como en los especiales, este correspondía al último año de servicios tomando como factores salariales la totalidad de los devengados en este periodo, por regla general. Casi de manera uniforme, jueces y magistrados de la jurisdicción contenciosa administrativa emplearon este juicio, entre otras razones, porque constituía un claro precedente cuyo objetivo era garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la aplicación del Derecho, a partir de tal decisión.

Tal planteamiento parecía definido hasta el año 2013, cuando la Corte Constitucional, declaró inexecutable de manera parcial el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que regulaba el régimen especial de pensiones de congresistas aplicable a los magistrados de altas cortes, por Sentencia C-258 del 2013, en la cual se

¹³⁵ Es decir mirado desde el punto de vista del caos (Teoría del caos).

distingue; “que el IBL no integraba el régimen de transición y, por consiguiente, las pensiones para este grupo de personas debían liquidarse teniendo en cuenta el IBL de la Ley 100, es decir, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años como regla general”.

Pese a lo anterior, en la jurisdicción contenciosa administrativa se siguió con la tesis de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, toda vez que, la mayoría de los casos diarios que corresponde decidir no involucraban a los destinatarios del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992. Es así como en la Sentencia SU-230 del 2015, se precisó que las consideraciones sobre el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se habían realizado; “constituían una interpretación en abstracto de la norma y, por ende, además de ser obligatoria para todos los jueces, debía aplicarse para todos los eventos en los cuales la mencionada norma resultara relevante, con lo cual se determinó que el IBL de cualquier persona que fuera beneficiaria del régimen de transición correspondía al previsto en la Ley 100”. Cuando parecía que había claridad sobre el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió una sentencia de unificación de Sala Plena de la Sección, ratifica la tesis de que el IBL se rige por la norma prevista en el régimen pensional anterior y no por lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100, argumentos tendientes a desconocer lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación. Por lo que, en la jurisdicción contenciosa administrativa, no tenían certeza los jueces y magistrados sobre qué precedente aplicar y qué tesis acoger, razón por la cual se profieren sentencias en ambas posturas con la consecuente pérdida de *seguridad jurídica* y el desconocimiento del *principio de igualdad* y, sobre todo, de la legitimidad de la decisión.

Finalmente, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-427 de 2016, revalida que; “el único alcance constitucionalmente admisible del artículo 36 de la Ley 100,

conforme a la doctrina consolidada de la Corte, es que el IBL no integra el régimen de transición y, por ello, debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los últimos diez años como regla general”. Además, la propia Corte en la Sentencia T-615 de 2.016, señaló que el precedente de la Sentencia C-258 del 2013 y la SU-230 del 2015 no aplicaba para las personas que hubiesen consolidado su derecho pensional antes de la expedición de esta sentencia, inédita y con la cual, en la práctica, ningún proceso de reliquidación pensional terminaría siendo definido con el precedente de la Corte, porqué, en casi su totalidad, las personas que demandan la reliquidación consolidaron su derecho antes del precedente. Pero, con una tesis novedosa, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de tutela del 15 de diciembre del 2016¹³⁶, dejó sin efectos la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por desconocer el precedente de la Corte Constitucional plasmado en la Sentencia SU-2015 y ordenó proferir una nueva decisión.

Según el Decreto 1158 de 1994 el salario mensual, base de cotización, está integrado por los siguientes factores:

- a. Asignación básica mensual,

- b. Gastos de representación,

- c. Prima Técnica cuando sea factor de salario,

¹³⁶ C. E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Quinta, Rad. 110001-03-15-000-2016-01334-01, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez, dic. 15-16.

- d. Primas de Antigüedad, Ascensional y de Capacitación cuando sea factor de salario,
- e. Remuneración por trabajo dominical y festivo,
- f. Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna,
- g. Bonificación por servicios prestados.

Si para la liquidación se toma en cuenta cualquier lapso temporal (“un mes, o el promedio de un año, o diez, etc.”), la norma lo precisará. El salario o sueldo como base para liquidar la Pensión, sus elementos integrantes, la Corte Constitucional refiriéndose a los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, consideró que el legislador puede fijar los elementos del salario, y la determinación de lo que constituye salario para la “liquidación de las prestaciones sociales” originada en la voluntad de las partes es Constitucionalmente permitida¹³⁷. El salario comprende toda retribución ordinaria y permanente que se reciba a cualquier título y que directa o indirectamente tenga por objeto una retribución a los servicios laborales, no se puede considerar para tal efecto, aquellos pagos ocasionales, excepcionales o esporádicos. Corte Suprema de Justicia ha señalado que; las primas que no

¹³⁷ Sentencia C-521, noviembre 16 de 1995, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

constituyen salario son aquellas que el empleador consiente por simple liberalidad al trabajador o cuando son ocasionales, es decir, sin ninguna periodicidad o regularidad. El Consejo de Estado ha estimado que la cesantía se atribuye como base para la Pensión: “(...) *son un ingreso laboral de carácter permanente... y que independientemente de su calidad de prestación social deben ser incluidas para la determinación de los ingresos laborales totales anuales percibidos..., en cuanto la ley no distinguió. Luego debe liquidarse tomando todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente...*”.

Conforme al principio de favorabilidad para efectos de prestaciones e indemnizaciones que se deriven de la relación laboral incluso las asumidas por el Seguro Social, se deben liquidar en moneda nacional al tipo de cambio (el artículo 135 del C. S. del T. regula el salario estipulado en moneda extranjera), el pago o su conversión a moneda nacional no se extiende al pago de Pensiones de vejez, porque desequilibraría el régimen pensional por las variaciones del tipo de cambio. Por eso, “*No se le puede otorgar carácter de salario o factor salarial al estímulo al ahorro cuando la convención colectiva no lo dice*”¹³⁸.

¹³⁸ Tribunal Superior de Bogotá. Agosto 26 de 1997. Exp.: 24221. Ver también: Corte Suprema de Justicia. Noviembre 23 de 1984.

SECCIÓN DÉCIMA: TASA DE REEMPLAZO (O CUANTÍA DE UNA MESADA)

Es fijada por la norma, “para esto se tiene en cuenta el salario, el período, el porcentaje e inclusive topes”¹³⁹. Puede constituirse normativamente en tratamiento diferenciado en materia de monto para las Pensiones, que *no pueden ser inferiores al salario mínimo legal*, el artículo 35 de la Ley 100 de 1.993, en su primer inciso expresó: “*El monto mensual de la pensión mínima de vejez... no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente*”, actualmente no es posible el reconocimiento de una pensión de vejez que esté por debajo del valor allí señalado. La Sentencia C-155 de 1997, estableció que ese procedimiento es constitucional; tendrían como mínimo un equivalente a quince (15) salarios mínimos legales, “salvo lo previsto en Convenciones Colectivas, Pactos Colectivos y Laudos Arbitrales”, pero de otra parte, estima la Corte, que el artículo 2º de la Ley 71 de 1988 fue derogado por el artículo 18 de la Ley 100 (modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003), en cuanto al monto máximo de las Pensiones hacia el futuro para el caso de los trabajadores que se acojan o se mantengan en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

*El Congreso entonces puede, como en efecto lo hizo, en los artículos 2º de la Ley 71 de 1988 y 2º de la Ley 4ª de 1976, reformar las leyes existentes, adecuándolas a las necesidades sobrevinientes, a los cambios a nivel político, social y económico, y en el caso particular, fijar y establecer topes máximos y mínimos en el valor de las mesadas pensionales de vejez..., los cuales, ...fueron modificados en virtud de la entrada en vigencia de los artículos 18 y 35, parágrafo único de la Ley 100 de 1993*¹⁴⁰.

¹³⁹ La Corte Constitucional en las Sentencias C-155, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. C-089 de 1997, M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, y C-013-2002, M.P. Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA, se ha considerado constitucional que el legislador los fije.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1997, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ.

El límite superior lo crea el legislador (Acto Legislativo No. 1 de 2005, son 25 salarios mínimos), se trate del régimen ordinario y las Pensiones que cubre el I.S.S. o bien sea que se trate de una suma superior permitida por norma legal. El legislador puede fijar el tope máximo para las no reconocidas (salvo que éste en régimen de transición), porque funda diferentes regímenes, generales y especiales, decretar distintos reajustes pensionales, bajo la restricción de que la medida legislativa tenga una justificación objetiva, en cuanto a la necesidad de otorgar un trato diferente y a que éste sea razonable, racional y proporcional a una finalidad que sea legítima constitucionalmente, y señalar límites a las mesadas.

Para esclarecer que el mencionado Acto Legislativo 001 del 2005 que elimina el pago de la mesada catorce salvo para los miembros de la fuerza pública y otros, es necesario mencionar lo dicho por el Gobierno Nacional en el Decreto 2743 en su artículo 1º, que reza:

“En concordancia con el artículo 114 del Decreto-ley 1792 de 2000, los servidores públicos civiles o no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, a quienes se les aplica el Decreto-ley 1214 de 1990, se consideran miembros de la Fuerza Pública y continuarán con el mismo régimen salarial, pensional y prestacional, en lo que a cada uno corresponde, de acuerdo con las mencionadas normas”.

Parte considerativa del inciso segundo, del Decreto 94 del 28 de marzo de 1958.

Con fundamento en las Sentencias del veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Radicación número: 2012-0039 001. Magistrado Ponente: Dr. PALOMINO CORTÉS de la Corte Constitucional, C-409 de 1994, C-674 del 2001, C-601 del 2000, el Acto

Legislativo 01 de 2005, en lo relacionado con los derechos adquiridos, cuando se refiere al régimen que cobija a los miembros de la fuerza pública, se señala que: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.

Monto de la Pensión de Vejez: Al respecto, para la liquidación de la mesada, después de la Ley 100 de 1993, se tendrá en cuenta el régimen especial y el “principio de favorabilidad”, en todos sus caracteres.

Ley 797 de 2003. Artículo 10. El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 34. Monto de la pensión de vejez: El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2% hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

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.

Es decir que bajo los preceptos de la ley 100 de 1993, el monto de la pensión de vejez iniciaba en un 65% del ingreso base de liquidación y culminaba hasta un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

Posteriormente se modificó con el artículo 10 de la ley 797 de 2003, donde se aplica la formula aquí señalada pero ya el monto de la pensión

corresponde al 65% del ingreso base de cotización y puede ir decreciendo en función de su nivel de ingreso así:

A partir del 1º de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es decir que con la aplicación de la nueva fórmula que trae la ley 797 de 2003, esta arranca sobre un monto equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, que a buen criterio ese 65% corresponde a la edad de retiro forzoso.

A partir de 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingreso calculado con base en la fórmula señalada. El 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1º de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

Por lo tanto la formula sigue señalando que en un momento determinado el valor de la pensión oscila entre el 65% y 55%, el cual puede ser de forma decreciente en función de su nivel de ingreso, es decir entre más alto su ingreso base de cotización menos será su porcentaje de pensión.

A partir de 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

La fórmula en cuestión contradice la teoría de la seguridad social y la jurisprudencia constitucional, porque la pensión podría disminuir en la medida que el solicitante a pensionado labore más tiempo o gane más salario.

Mesada catorce. Para la Corte Constitucional,“(…) *la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna...*”¹⁴¹, por consiguiente se declaró la inexecutable de las expresiones “*actuales*” y “*cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988*”, contenidas en el inciso 1º del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, al igual que el inciso 2º de la misma disposición. Igualmente, la mesada 14 quedó afectada como se aprecia en el texto de la reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005.

¹⁴¹ Sentencia C-409/94, M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

SECCIÓN DÉCIMOPRIMERA: ACTUALIZACIÓN

En el caso colombiano la actualización (que es el género) de la Pensión, es una medida de preservación del valor de la mesada, que se fundamenta en los riesgos de la inflación y de la coyuntura económica, generalmente responde a la evolución del Índice de Precios al Consumidor –IPC–, esa revalorización de la pensión¹⁴², tiene tres expresiones (que serían la especie), cada una con sus propias características y con efectos jurídicos diferentes: el reajuste, la reliquidación y la indexación de la primera mesada.

a) Reajuste. Antes de la Constitución de 1991 el legislador ya había ordenado el reajuste anual de las Pensiones; leyes 4ª de 1976 y 71, a partir de la expedición de esta última (diciembre 19 de 1988) todas las Pensiones se reajustaran de oficio en el mismo porcentaje en que se incrementa el salario mínimo mensual (Consejo de Estado, sentencia del 1º de octubre de 1998). Para decretar los reajustes anuales de las Pensiones, se predica la desvalorización de la moneda por inflación (“Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 1994”). El Consejo de Estado ha considerado que los reajustes sólo producen efectos cuando ya se está disfrutando de la Pensión, pero no pueden superar el 75% (Sentencia del 20 de junio de 1994, Exp. 7666). El reajuste periódico de las pensiones legales se constitucionalizó en el tercer inciso del artículo 53 de la C.P., no está sometida a ponderación su actualización sino al principio de favorabilidad, la Ley 100 le dio particular importancia:

Artículo 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez..., en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de

¹⁴²PANIZO, José A. Tema 5 del Máster en seguridad social de la O.I.S.S. y la Universidad de Alcalá de Henares.

pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el 1º de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Por lo tanto la opción de reajuste de la pensión se amparó para ambos regímenes, pero en tratándose de pensiones con salario mínimo se reajusta cada vez de oficio e igualmente contempla la posibilidad para las pensiones superiores a salario mínimo.

Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez..., tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

El tema pensional tiene un trato diferente y mejor que los salarios, la Sentencia C-1064 de 2001, sobre aumento de salarios ponderado, aclaro que;

{...}Una distinción necesaria: el caso de las pensiones. De la posibilidad de limitar con fundamento en razones constitucionales suficientes el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario no se

deduce, mutatis mutandis, la posibilidad de limitar el derecho constitucional al reajuste de las pensiones legales. La garantía constitucional del artículo 53 inc. 3º C.P. protege a personas que por su condición de jubilados gozan de una pensión –por lo general inferior al salario último devengado– luego de haber terminado su vida laboral, por lo que el Constituyente ha querido proteger especialmente a este grupo de personas. Dado que la situación y los destinatarios del derecho constitucional en uno y otro caso son diferentes, las razones constitucionales que justifican la limitación del derecho a un salario móvil no se predicán del derecho a una pensión que debe ser periódicamente reajustada, ya que sobre el particular hay un mandato constitucional específico: ‘la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante’ (artículo 48, inciso último, C.P.).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, ha expresado que, no solo por Ley se puede señalar el reajuste, las partes de la relación laboral pueden pactar en Convención, Pacto Colectivo o Laudo, un sistema especial de reajuste pensional (Sentencia mayo 21 de 1988), pero hoy con la advertencia del acto legislativo 01 de 2015 artículo 1 parágrafo 2 que por convención o pacto, laudo o acto jurídico no podrán establecerse condiciones diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones .

“Salvo que se produzca un perjuicio irremediable o que hubiere vía de hecho, en los casos de reajuste no cabe acción de tutela, en éste se principia de una mesada bien liquidada, pero no se ha actualizado con la suma que anualmente debería aumentarse, a diferencia de los eventos con quebrantamiento del debido proceso, es ostensible la disminución de la mesada en el Acto Administrativo que reconoce una Pensión, se liquida contrariando una Sentencia debidamente ejecutoriada, y/o si la conducta de entidad administradora de pensiones es arbitraria y voluble, se incurre en vía de hecho y cabe la Tutela¹⁴³, o si la liquidación no corresponde a lo

¹⁴³ Ver sentencias T-079/93, M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y SU-1300/01, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, entre otras sobre vía de hecho, en general.

legal, el afectado puede agotar la vía gubernativa y si no prospera, acudir ante la jurisdicción correspondiente para que se reconozca lo debido.

b) Reliquidación. Sobre reliquidación de pensiones la Ley 100 de 1993 se refirió al respecto:

Artículo 150. Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARÁGRAFO: No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

El Consejo de Estado ha considerado que para la reliquidación se computará contando un año hacia atrás partiendo de la fecha de retiro (Sentencia del 22 de octubre de 1999, expediente N° 2068/98). El Decreto 3135 de 1968, en el artículo 14, reiteró el *derecho a la pensión* de retiro por vejez y en el 32 se ordenó la *revisión* de pensiones para que cumplan su finalidad social; que constituye un derecho adquirido, subjetivo, luego su reglamentación debe ser posterior y no anterior. La revisión y reliquidación de mesada, involucra el reingreso a laborar del pensionado, la orientación para el reajuste de las pensiones es la de que se computa el último año¹⁴⁴, sea un término prudencial para el reajuste, por lo siguiente:

¹⁴⁴ En la Ley 171 de 1961, artículo 1º precisa que se refiere a los aumentos de las pensiones indicados en la Ley 77 de 1959, y en el artículo 5º de dicha Ley se refiere a las pensiones que se causen hacia el futuro: “*Las pensiones oficiales que se causen a partir de la presente ley se liquidarán con base en el promedio del último año, por cargo desempeñado en propiedad, sobre el promedio de lo devengado en los tres últimos años, a opción del trabajador*”.

ARTÍCULO 9º. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales hayan aportado al ente de previsión social¹⁴⁵.

Decreto 1160 de 1989. ARTÍCULO 2º. Beneficiarios del reajuste. Tendrán derecho al reajuste de las pensiones de que trata el artículo anterior, aquellas personas cuyo derecho se haya causado y estén retiradas del servicio o desafiadas del régimen de los seguros sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Existe una doctrina sobre la improcedencia de la acción de tutela para la obtención de la reliquidación de mesadas pensionales, aunque la Sentencia T-007 de 2006, señala la procedencia excepcional de la acción como “mecanismo transitorio” para la obtención de reliquidación de pensiones, cuando hay un perjuicio irremediable, como lo había señalado la Sentencia T-634 de 2002.

c) Indexación de la primera mesada. Tiene respaldo en las siguientes normas:

- a. De la Constitución Política, el artículo 48, modificado por el Acto legislativo No. 1 de 2005, estipula dentro de los principios constitucionales el derecho a la Pensión, el de la progresividad; artículo 53, protege el reajuste pensional; artículo 1º caracteriza a Colombia como un Estado Social de Derecho; artículo 58 protege los derechos adquiridos; artículo 4º dispone la supremacía de la

¹⁴⁵Congreso de la República. *Ley 71 de 1988*. Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1998.

Constitución; artículo 366 exige la protección de la *calidad de vida* de las personas.

- b. De la Ley 100 de 1993: artículo 36, del Régimen de Transición, favorabilidad y la manera de liquidar las mesadas, en concordancia con el artículo 21 *ibidem*; artículo 11 sobre protección a los derechos adquiridos (modificado este último artículo. por el “art 1º de la Ley 797 de 2003”).
- c. También existe fundamento en la Ley 4ª de 1992, artículo 2º, sobre el principio de equidad.
- d. Dentro de los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 7º y 12, sirve de fundamento para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aplicable en Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, y el Protocolo de San Salvador.

En el artículo 1º ordena adoptar medidas para la progresividad. El artículo 9º protege la seguridad social. El artículo 17 otorga una particular protección a los ancianos. Además, el Protocolo de San Salvador, que es obligatorio en el país, en su artículo 4º expresa que; *No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado, en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales.*

En el mismo sentido, del mantenimiento del valor de la mesada, está el Concepto del Consejo de Estado No. 1468 de 14 de noviembre de 2002:

Los trabajadores oficiales que durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo se retiraron de la administración habiendo cumplido veinte o más años de servicios sin tener la edad requerida en aquella para obtener su pensión de jubilación, tiene derecho a que una vez la cumplan –aún como ex trabajadores– se les reconozca de acuerdo a los términos de la convención colectiva y aplicando las normas legales procedentes en cuanto al monto de la pensión.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-682 de 2006, reafirmó el concepto de que no se puede desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las Pensiones y resaltó la Indexación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁶, casa la Sentencia de un Tribunal y reconoce los aumentos legales y las diferencias de las mesadas recibidas con las debidamente indexadas. Confirma:

{...} En esas condiciones, corresponde a esta Corte (Suprema de Justicia) reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad (se refiere a la C-862 y a la C-891 A/2006).

Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento suprallegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993...

¹⁴⁶Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado No. 31691(26/09/2007), M.P. Luis Javier Osorio López.

La Sentencia T-752 de 2008 desarrolla el Principio de Progresividad.

Esta situación hace parte de la actualización de las Pensiones, busca evitar la disminución del *patrimonio del trabajador* por el paso del tiempo y la depreciación monetaria. Cuando una persona cumple con el tiempo requerido para pensionarse, se retira pero aún no tiene la edad, la inquietud que surge es cuál sería el valor de la primera mesada. En este evento, *“La indexación no es una sanción o indemnización por mora en el pago, sino el mecanismo idóneo para recuperar el equilibrio perdido por el fenómeno inflacionario”*. *“La indexación busca evitar una disminución en el patrimonio del trabajador, por el transcurso del tiempo y su depreciación monetaria, con lo cual fundamentalmente se está restableciendo la equidad y la justicia”*¹⁴⁷. Para la teoría de la indexación, aplicable a primera mesada pensional, había venido considerando la Corte Suprema de Justicia (Agosto 5 de 1996. Exp. 8616), que se distinguía cuántos salarios mínimos correspondían a la mesada en el instante del retiro y por consiguiente, se valoraba la primera mesada por el mismo número de salarios mínimos actualizados; este reajuste no implica un incremento en la obligación original, ni que se vuelva más onerosa sino que actualiza su valor, pues por medio de la actualización de esos créditos laborales se aplican los principios de justicia y equidad. Consideró la Corte Constitucional que no indexar, vulnera los artículos 2º, 13, 29, 45, 53, 333 y Preámbulo de la Constitución Política. En Sentencia SU-120 de 2003 se dejó sin efecto tres Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y ordenó que se decidiera nuevamente los recursos de casación teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad y de favorabilidad y el *derecho a la seguridad*

¹⁴⁷Corte Suprema de Justicia. .Sentencia de Abril 8 de 1991. M.P. Jorge Iván Palacio.

social, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las Pensiones.

Si el empleador no paga oportunamente las acreencias laborales a su cargo diferentes a las que la Ley ha establecido, una sanción o reajuste es procedente la corrección monetaria como factor del daño emergente (Corte Suprema de Justicia. Febrero 18 de 1994), resultante de la *mora en el pago de las mesadas*; si la hay en el pago de la tasa de reemplazo, las Entidades de Seguridad Social están obligadas a indemnizar a los pensionados por cancelar morosamente las mesadas, rige en cierto modo los réditos que se ocasionen por la demora en cumplir las obligaciones pensionales, *“no es posible que las pensiones que se paguen tardíamente no generen intereses moratorios o que se aplique uno irrisorio como el que vislumbra el Código Civil que rige subsidiariamente las relaciones civiles entre particulares”*¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-367, agosto 16 de 1995, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

CAPÍTULO III

MOTIVOS DE LA LEY 100 DE 1993 POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y LOS REGÍMENES EN LA PENSIÓN DE VEJEZ

Entre los antecedentes de la reforma pensional (L. 100) están los estudios adelantados por instituciones y centros académicos donde se indicaban los alcances y restricciones del sistema anterior, que aparecen registrados en la ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 155 Senado, 204 Cámara de 1992; el impacto de las transformaciones demográficas y sociales sobre el régimen pensional; los diagnósticos económicos y financieros que diversos entes públicos y privados habían producido sobre la crisis del sistema pensional en el país. El propósito de la reforma¹⁴⁹, se centró inicialmente en el aspecto pensional, que tuvo origen gubernamental y tomó como modelo el sistema de pensiones de Chile. Se presentó al Congreso de la República en septiembre de 1992, los hechos más relevantes, y que demandaron más tiempo en los debates, se pueden convocar en las siguientes áreas temáticas: bajo cubrimiento poblacional, insuficiencia financiera del sistema de reparto de los seguros sociales obligatorios, la deuda pensional, los alcances de la solidaridad, la inequidad interna del sistema tradicional y la gran dispersión de entes y regímenes en el sector público y privado. Una vez se iniciaron las discusiones, fue complementada con las reformas al Sistema de Salud, al final, la Ley fue sancionada el 23 de diciembre de 1993¹⁵⁰.

{...} Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993

¹⁴⁹ Pliego de Modificaciones al proyecto de ley No. 155, por el cual se crea el Sistema Integral de Seguridad Social.

¹⁵⁰ TORRES CORREDOR, H. Sistema de Seguridad Social Pensiones. Volumen III. Bogotá, Colombia : Universidad Nacional de Colombia, 2da Ed., 2002. p. 13, 14-30.

11.- A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones *excluyentes* que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad¹⁵¹. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre¹⁵² y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993¹⁵³.

En los motivos de la Ley 100 de 1993 por la cual se creó el Sistema General de Pensiones y los Regímenes en la Pensión de Vejez, los principales aspectos de esa reforma fueron los siguientes:

{...}12.- Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*. 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 a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia... Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Por lo tanto se trata de un régimen solidario donde el monto de las cotizaciones va a un fondo que a su vez va creciendo en la medida en que haya más afiliados al régimen, fondo el cual abastece las futuras pensiones de ahí su importancia en que la población pueda cotizar a este régimen, en

¹⁵¹ Ley 100 de 1993, Artículo 12.

¹⁵² Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b.

¹⁵³ “Originalmente, tal norma prescribía que los afiliados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificó la disposición citada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003”.

su calidad de asalariado o como independiente, situación esta última que fue bien favorable al régimen y a las personas que bajo esta categoría lo puedan hacer.

... 13.- A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad “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 sus afiliados”. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal¹⁵⁴.

Este régimen de ahorro individual constituye una cuenta personal sobre la cual cada cotizante va haciendo sus cotizaciones de acuerdo a su capacidad de ahorro pero recordemos que en Colombia las personas poca capacidad de ahorro tienen por lo tanto su pensión no va hacer fácilmente obtenible en una pensión mayor a la de salario mínimo

“Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida¹⁵⁵.”

Situación está que en una cuenta de ahorro individual no siempre el capital ahorrado garantiza la obtención de una pensión, por cuanto las sumas de dinero ahorradas deben de ser incrementadas en un valor constante que no pierdan el

¹⁵⁴ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

¹⁵⁵“Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente”.

poder adquisitivo, lo cual no siempre quien ahorre en el fondo va a tener el 110% del salario mínimo legal mensual vigente requerido para otorgársele la pensión de vejez.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado¹⁵⁶.

Lo que denota que en el régimen de ahorro individual se trata de estar frente a un sistema financiero que contempla temas bursátiles, de inversión de las cotizaciones de los ahorradores muy lejos de responder a un derecho social como es la pensión.

14.- La ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición...¹⁵⁷.

4. Creación de un sistema de financiación de los bonos pensionales que expedirán las cajas, fondos y empresas que asumen pago exclusivo de pensiones de trabajadores y afiliados, así como de las cuotas partes con que hayan de contribuir a los bonos expedidos por otras entidades responsables a los que se trasladen al Sistema de Ahorro Pensional. Con ello se crea un sistema integrado de reconocimiento de obligaciones, que permite dar cumplimiento al mandato de la Ley 71 de 1988 y al sistema de pensiones por aportes que instituyó dicha ley¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 90.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-062-2.010, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

¹⁵⁸ Gaceta Judicial, exposición de Motivos Ley 100 de 1993. Congreso de la República.

En cuanto nos atañe, se fijó las siguientes pautas para la pensión de vejez, en relación con las características generales de las pensiones, el proyecto estableció:

- Por regla general, “las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes”, se financian es con los recursos de las cuentas individuales de ahorro pensional de los afiliados, con los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con las sumas adicionales que para la conformación del capital necesario, deben cubrir las aseguradoras”.

- El Estado; para garantizar el pago de pensiones mínimas, aportará los recursos necesarios. No obstante, no habrá lugar a la garantía estatal, según el caso, “cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima.

- A efectos de mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones, éstas se reajustarán anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el Dane. Por otra parte, será igual al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley, el monto de la pensión mínima legal, actualizada anualmente conforme a dicha variación.

- Al hacer efectiva su pensión, los afiliados podrán elegir “las modalidades de retiro programado, renta vitalicia, retiro programado con renta vitalicia diferida” u otras autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

En relación con los requisitos de las pensiones de vejez, el proyecto consagro:

(...) - El afiliado podrá acceder voluntariamente a la pensión de vejez, a la edad que escoja, siempre y cuando el capital acumulado en su respectiva cuenta de ahorro individual, le garantice una pensión mensual, equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente a la fecha de expedición de la ley, reajustado según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificada por el DANE anualmente.

Estos requisitos expuestos desde la exposición de motivos no fueron advertidos plenamente de que con el paso del tiempo y la variación y el porcentaje del índice de precios del consumidor no se iban a otorgar plenamente en este régimen las pensiones.

- En caso de que el capital acumulado por el trabajador le garantice dicho monto pero no haga efectiva la pensión, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo durante la vigencia de la relación laboral y hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 65 años de edad.

- Tendrá derecho a la garantía estatal de pensión mínima de vejez, los afiliados que a los sesenta y cinco (65) años no hayan alcanzado a generar una pensión igualo superior al monto establecido anteriormente, y hubieren cotizado por lo menos 1500 semanas. En orden a contabilizar estas semanas se tendrá en cuenta el tiempo cotizado al ISS o el tiempo de servicio como servidores públicos o como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación.

Se conserva el tradicional sistema de reparto simple financiado por aportes, a pesar de que algunas de sus características, restringen su adecuado desarrollo a largo plazo, como son la concentración de los servicios en la población trabajadora del sector formal de la economía y la no siempre correspondencia entre el monto de los beneficios, la antigüedad y las cotizaciones al sistema. En cambio el nuevo régimen basado en la capitalización individual, los beneficios y la ampliación de la cobertura poblacional están estrechamente vinculados al monto de los aportes y a la fidelidad al sistema¹⁵⁹.

¹⁵⁹ De tal forma que el nivel de beneficios pensionales dependerá de la tasa de rentabilidad de los recursos acumulados en las *cuentas individuales de ahorro pensional*, producto de las *cotizaciones obligatorias* y de las cotizaciones adicionales al sistema que hagan voluntariamente los afiliados con el fin de anticipar la edad para pensión o incrementar su cuantía.

SECCIÓN PRIMERA: REGÍMENES PENSIONALES

REPARTO Y CAPITALIZACIÓN. Dos regímenes solidarios y excluyentes pero que coexisten¹⁶⁰, integran el sistema general de pensiones: se mantiene el sistema de reparto simple administrado por el Instituto de Seguros Sociales, que pasa a denominarse 'régimen de prima media con prestación definida', y las Cajas de Previsión del Sector Público, fondos privados de pensiones, o 'régimen de ahorro individual con solidaridad'.

Lo que constituye el eje del sistema general de pensiones, es la manera de financiar las pensiones. Con los aportes acumulados por los actuales cotizantes en un fondo común de naturaleza pública¹⁶¹, las pensiones de los pensionados actuales se financian por el procedimiento de reparto simple, en el sistema de prima media. Mientras en el régimen de ahorro individual, las pensiones son el resultado de una cuenta individual de ahorro pensional¹⁶², que a su vez, se administra en un fondo pensional de carácter privado. El actual sistema de fondos privados de pensiones establece un régimen alternativo capitalizable, de gestación a largo plazo, que se refuerce a futuro sin desmejorar la estabilidad financiera del Estado, aunque no pretendió reemplazar el régimen de reparto simple, pasó de un sistema pensional exclusivamente estatal y monopólico, a un sistema de mercado¹⁶³.

¹⁶⁰TORRES CORREDOR, H. Sistema de Seguridad Social Pensiones. Volumen III. Bogotá, Colombia : Universidad Nacional de Colombia, 2da Ed., 2002. pp. 14-30.

¹⁶¹ De suerte que las futuras pensiones se pagarán, a su vez, con los aportes de los cotizantes futuros.

¹⁶² Junto con sus rendimientos financieros.

¹⁶³ El monto de los beneficios pensionales y por lo tanto, el mérito del sistema dependerá de la tasa de rentabilidad de las inversiones.

a) Régimen de prima media con prestación definida o reparto simple¹⁶⁴. Sistema administrado por el I.S.S., bajo el control de la Superintendencia Bancaria.

Mediante el cual los aportes son de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago, a los beneficiarios de las pensiones previamente definidas, como la de vejez, o una indemnización sustitutiva. Definido por la Ley 100 de 1993 y reglamentado por el Decreto 1888 de 1994.

{...}Características del régimen de prima media

- a) Se rige por las normas vigentes para los seguros, como el de vejez del I.S.S., por la Ley 100, sus decretos reglamentarios y por las demás disposiciones expedidas por este Instituto en desarrollo de su autonomía administrativa.
- b) En un régimen solidario de prestación definida. No se permiten las cotizaciones adicionales ni las pensiones anticipadas.
- c) Los activos y sus rendimientos, de los aportes de los afiliados, constituyen un fondo común de naturaleza pública, suficiente para cancelar las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los gastos de administración y la constitución de reservas.
- d) El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados. Cualquier faltante del sistema de prima media circulará por cuenta del fisco nacional..."¹⁶⁵.

¹⁶⁴ L. 100, arts. 33 al 37; L. 797.

¹⁶⁵ Ob., cit. p. 15.

El Instituto de Seguros Sociales¹⁶⁶, hoy Colpensiones para efectos financieros, sus reservas se contabilizarán y administrarán en forma separada de acuerdo con las clases de riesgos asumidos. En todo caso la inversión de las reservas de vejez, en títulos de la Nación o a través de negocios fiduciarios, deberán garantizar la rentabilidad mínima de que trata la Ley 100, en su artículo 101, si no se garantiza dicha rentabilidad, las reservas se colocarán en una cuenta de la Tesorería General de la Nación, con el fin de preservar su poder adquisitivo.

Plan de beneficios prestacionales. Se aplica a los nuevos afiliados o a quienes estando afiliados y/o habiendo cotizado no cumplen con los requisitos exigidos para estar en el régimen de transición. Los requisitos son: mínimo mil (1000) semanas cotizadas en cualquier tiempo y tener 55 años la mujer y 60 años el hombre. El monto de la pensión; será equivalente al 65% del Ingreso Base de Liquidación (IBL), por las primeras 1.000 semanas cotizadas. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 y hasta las 1.200 se incrementará en un 2% y en un 4% por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 y hasta las 1.400 semanas cotizadas. En ningún caso el monto de esta pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior al 85% del IBL, sin exceder de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, conforme lo estipulado en los artículos 34 y 35 de la Ley 100 de 1993.

Del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, resulta el IBL, con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), actualizado anualmente: Como se prevé en los artículo 21 de la Ley 100, y 46 del Decreto 692

¹⁶⁶ Las normas que rigen al I.S.S. son las siguientes: Decreto 1888 del 3 de agosto 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993. Decreto Nro. 2148 de 1990 y Decreto Ley No. 1651 de 1977.

de 1994: *el afiliado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*, cuando los ingresos de toda la vida laboral, calculado sobre el promedio del ingreso base de liquidación, resulte superior al previsto anteriormente.

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad o de capitalización¹⁶⁷. Las cotizaciones de los afiliados que opten por este sistema se manejarán en cuentas individuales de ahorro pensional de su exclusiva propiedad, pero administradas por las sociedades comerciales administradoras de los fondos de pensiones, que para tal efecto se autoricen, que la Superintendencia Bancaria vigila.

Concepto. El conjunto de las cuentas de ahorro pensional con capitalización constituye un patrimonio autónomo”, independiente del patrimonio de la entidad administradora, y sobre los capitales acumulados en las cuentas individuales la respectiva sociedad administradora deberá garantizar una rentabilidad mínima.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL

- Los afiliados podrán acoger libremente la administradora de su ahorro pensional y trasladarse libremente entre administradoras, así como escoger la compañía aseguradora con la cual contratarán las pensiones una vez se cumpla la edad de jubilación.

¹⁶⁷ L. 100, arts. 64 al 68.

- Está basado en el ahorro individual proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la garantía de la pensión mínima y en la competencia entre los fondos de pensiones de carácter privado, público y solidario.
- Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, cuya cuantía dependerá de las cotizaciones de los trabajadores afiliados y de los empleadores, del capital acumulado en las cuentas individuales, de la rentabilidad generada por estos recursos, del valor de los bonos pensionales y de los subsidios del Estado cuando a ello hubiere lugar.
- El Estado garantiza a los afiliados la integridad de los ahorros acumulados en las cuentas individuales que conforman el patrimonio autónomo de las entidades administradoras, así como el pago de las pensiones, cuando los fondos privados incumplan sus obligaciones.

El Decreto Ley 656 de 1994¹⁶⁸ y las demás disposiciones legales complementarias del estatuto orgánico del régimen financiero las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, SAFP, de acuerdo con esta reglamentación podrán ser creadas por inversionistas privados que actuarán sólo como agentes o intermediarios financieros de los fondos que administran, y no como propietarios de

¹⁶⁸ Reglamentado por los Decretos 1748 de 1995; 13 de 2001; 1314 de 1.994; 1727 de 1994; 1801 de 1994 y 1557 de 2001.

los mismos¹⁶⁹. Las pensiones de vejez se financian con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima.”¹⁷⁰

Plan de beneficios prestacionales. La Ley 100 en su artículo 64 estipula que tendrán derecho a la pensión de vejes, los afiliados a este régimen; a la edad que escojan, cuando el capital acumulado le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, en la cuenta de ahorro individual, reajustado anualmente según el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Cuando al valor del bono pensional hubiere lugar, se tiene en cuenta para el cálculo de dicho monto. Contribuyen a completar el capital necesario para cubrir el valor de la pensión, el valor del bono pensional, las cotizaciones adicionales y la rentabilidad generada por estos recursos; las personas que no alcancen a completar el capital necesario antes mencionado para causar la pensión tendrán derecho a la *pensión mínima de vejez*, siempre y cuando cumplan los requisitos de edad, 62 años el hombre y 57 la mujer, y con un mínimo de 1.150 semanas de cotización. En este sistema se permiten las cotizaciones adicionales y las pensiones anticipadas.

Cuando el trabajador opte por continuar cotizando en los términos indicados, “a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la Pensión, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, el empleador estará obligado a efectuar las

¹⁶⁹ Se permite y estimula la participación del capital solidario con el fin de democratizar el control del sistema; se establecen mecanismos de regulación de la libre competencia y se procura evitar la concentración de capitales y la proliferación de conflictos de interés.

¹⁷⁰“Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión mínima de vejez”.

cotizaciones a su cargo”, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla “sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”¹⁷¹.

Cotizaciones y aportes al sistema pensional. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones al sistema de pensiones por parte de los afiliados y los empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen.

La base para calcular las cotizaciones será el salario mensual en los términos de los artículos 127, 129 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y de conformidad con el artículo primero del Decreto 1158 de 1994, para el sector público.

En los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 19 del Decreto 692 de 1994, en el caso del régimen solidario de prima media; la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado reúna los requisitos para acceder a la *pensión mínima de vejez*. No obstante, el afiliado podrá seguir cotizando hasta por cinco (5) años adicionales para aumentar el monto de la pensión, asumiendo el 100% de la cotización. En el régimen de ahorro individual, el afiliado podrá continuar cotizando, en cuyo caso el empleador está obligado a cotizar la proporción a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla la edad requerida si es mujer o si es hombre.

¹⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-410 de 1.994, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

El Régimen de ahorro individual o llamado el RAIS tiene varias alternativas de pensión que son el Retiro Programado, la Renta Vitalicia, y el Retiro Programado con Renta Vitalicia, modalidades a las cuales una persona puede acudir siempre y cuando cumpla con el requisito de contar con un capital acumulado entre la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el valor del Bono Pensional (si tiene derecho a él) que le permita una mesada del 110% del salario mínimo.

El Retiro Programado, opción que es manejada por una Administradora de Fondos de Pensiones, quien se encarga de administrar los recursos y pagar las mesadas a las personas de acuerdo con el capital acumulado y con su expectativa de vida, el valor de la mesada se determina cada año de acuerdo con el saldo de la cuenta individual por lo cual la AFP liquida la mensualidad, sin garantizar aumento fijo, este aplica para las personas más arriesgadas dado que las condiciones son las del mercado.

La Renta Vitalicia, funciona como un seguro a través del cual una aseguradora recibe de parte de las AFP los aportes generados durante la vida laboral del trabajador, para luego realizar un cálculo actuarial que permita establecer cuál sería la mesada que recibiría la persona de manera vitalicia.

Esta mesada se ajusta anualmente de acuerdo con el IPC. Así las compañías que manejan el ramo de rentas deben estar autorizadas por la Superintendencia Financiera y adicionalmente hacer una reserva matemática que garantice pago de la pensión, esta modalidad es para personas más conservadoras, que deseen recibir una pensión atada a un rendimiento fijo como es el IPC dado que los riesgos financieros y extra longevidad como el hecho de que las personas vivan más de lo esperado, la compañía de seguros la asume.

El retiro programado con Renta Vitalicia es la combinación de las anteriores modalidades, iniciando con una AFP y posterior a una fecha establecida se contrata con una aseguradora una renta vitalicia.

SECCIÓN SEGUNDA: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN GENERAL DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

El objeto del régimen de transición¹⁷² previsto en la Ley 100 de 1993; fue concebido para proteger de los efectos negativos que puedan conllevar el cambio de una legislación a otra, a quienes, sin estar cubiertos por las condiciones del derecho adquirido, están dentro de algunas circunstancias de favorabilidad en el campo de la pensión de vejez que, por lo mismo, el legislador no quiso desconocer y por eso se comprometió a respetarlas. Lo anterior significa que ningún trabajador podrá ser desmejorado por las nuevas disposiciones, siempre y cuando se cumpla con alguna de las condiciones previstas para estos efectos por la ley; en este sentido la reforma pensional no es retroactiva.

REGIMEN DE TRANSICION-Relación con el derecho a la seguridad social y con la pensión. *La protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima*¹⁷³.

Conforme a normas favorables anteriores (L. 100, arts. 33 al 37; L. 797), aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, quienes a la fecha de vigencia de la Ley 100 hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en desarrollo de los derechos adquiridos, tendrán derecho al momento en que se cumplieron tales requisitos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las *condiciones de favorabilidad vigentes*. En este sentido es necesario concluir que, *al*

¹⁷²TORRES CORREDOR, H. Sistema de Seguridad Social Pensiones. Volumen III. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2da Ed. 2002, p. 21.

¹⁷³Corte Constitucional, Sentencia SU-062 del tres (3) de febrero de dos mil diez (2010). Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

ser los requisitos para ingresar a dicho régimen disyuntivos -basta con que en cabeza de una persona se configure solamente uno-, por cuanto el cumplimiento es sólo un requisito de procedibilidad para exigir el reconocimiento. Tendrán derecho al beneficio del régimen de transición quienes cumplan alguno de los siguientes requisitos para optar a el:

- a) Haber cumplido 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más años de edad si son mujeres¹⁷⁴;
- b) Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) o más años de servicios cotizados, será lo establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados;
- c) Estar afiliado al I.S.S. al momento de entrar en vigencia del sistema, el 1º. de abril de 1994 (sector privado y sector público del orden nacional) y el 30 de junio de 1995 en el nivel territorial.

Contempla de esta forma requisitos de edad en forma diferencial para hombres y mujeres, o la posibilidad de haber cotizado al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 15 años o más de servicios cotizados.

¹⁷⁴“Lo dispuesto para las personas que voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, no será aplicable cuando estas al momento de entrar en vigencia la Ley 100 tuvieran estos requisitos, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen (Corte Constitucional, Sentencia C-410 de 1994, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ). Tampoco aplica para quienes decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad (Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2003, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA)”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas, a quienes les faltaren menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE¹⁷⁵, o el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100¹⁷⁶.

Estableciendo que a quienes faltare menos de diez años para adquirir el derecho el ingreso base de liquidación de su pensión sería el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior actualizado con el IPC, o el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciese falta para ello.

La Corte ha señalado en su jurisprudencia que:

{...} el régimen de transición fue 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. Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición”¹⁷⁷.

No se aplica a las *pensiones de vejez* de los trabajadores de las Entidades o Empresas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100, están exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2003, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-818 del 4 de octubre de 2007, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

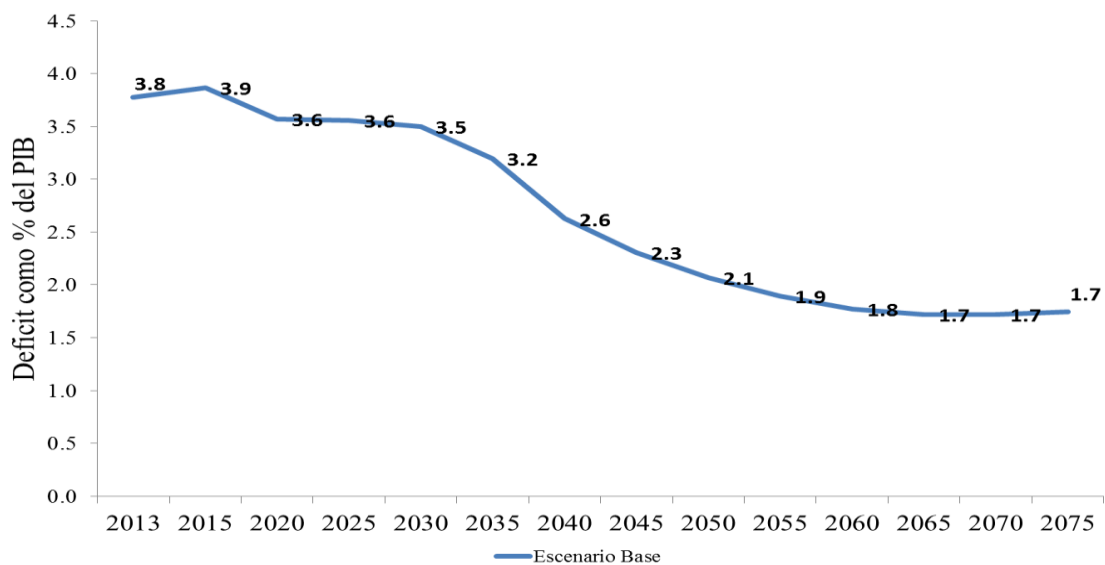
CAPÍTULO IV

PERSPECTIVA FISCAL

¿Cómo garantizar el acceso equitativo de los ciudadanos a una pensión? Si hay *prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la seguridad social*, es una razón de su ineficacia. En América Latina un gran porcentaje de la población corre el riesgo de quedarse sin una pensión mínima. La pensión de asistencia en el sistema de protección social; es un beneficio básico para personas de edad avanzada que no han logrado completar las cotizaciones necesarias, para evitar que la persona caiga por debajo de la línea de pobreza. Incluir en el presupuesto nacional todo el cálculo pensional como un pasivo, equivaldría a declarar la quiebra del Estado. Organizar la inversión de unos recursos patrimoniales con el objetivo de garantizar la percepción de las prestaciones económicas comprometidas, es lo que tienen por finalidad los planes y fondos de pensiones. En Colombia se habla de la regla fiscal, cuyo concepto se edifica en la ley 1473 del 2011 es decir 8 años después de la ley 100 de 1993, por lo cual el ajuste ha debido de salir con la ley pensional inicial, pero es de destacar igualmente que el modelo Chileno, 10 años antes a la ley 100 de 1993 ya presentaba problemas para el otorgamiento de las pensiones, cuando allí ya se había establecido que no habían reajustes automáticos de acuerdo a la inflación, y así se trajo al sistema nuestro, es decir el modelo era deficiente en cuanto a la perspectiva Fiscal desde sus fuentes. En cuanto al otorgamiento pensional, la cobertura (inferior) es baja para estándares latinoamericanos, el sistema no sólo es de baja cobertura sino excesivamente costoso, inequitativo y regresivo. La reforma constitucional propuesta en el 2005 con el acto legislativo 01 permitió ajustes importantes del régimen de pensiones vigente desde la Ley 100 de 1993, aportes como la introducción del criterio de sostenibilidad financiera y la limitación a las pensiones

altas de los regímenes especiales. Depende del capital y de los *ahorros acumulados* durante el tiempo de servicios, la cuantía de la mesada. El patrón reflejado en las tablas de mortalidad, de los pensionados en Colombia, tiene impactos significativos en el sistema de pensiones. Estos estudios elaborados por la Superintendencia Financiera señalan el aumento en 7 y 4 años de la expectativa de vida para hombres y mujeres. El cambio de las tablas se hará gradualmente; mediante un régimen de transición (durante un periodo de 20 años), establecido por Superfinanciera, con el fin de disminuir el impacto de la novedad, los efectos caen sobre las finanzas públicas.

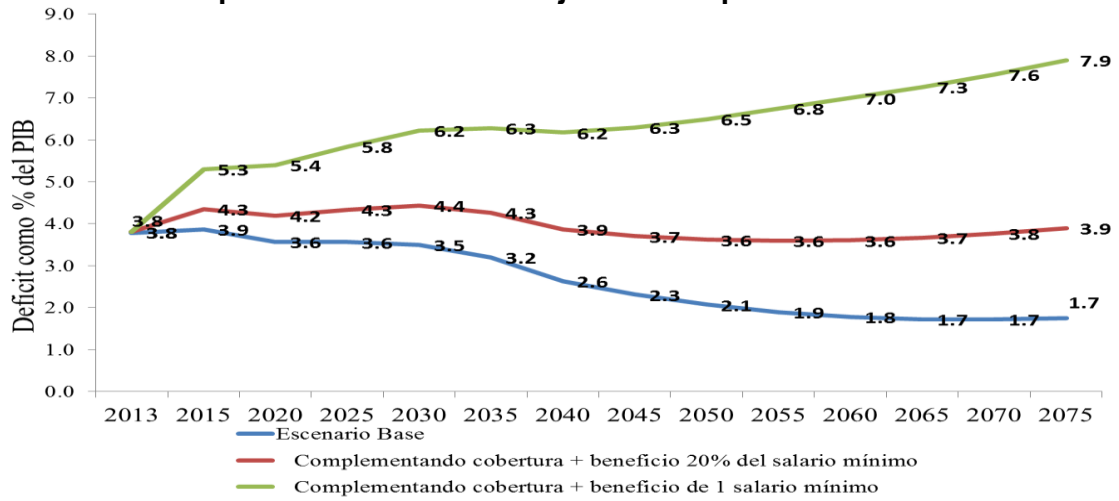
Figura Nro. 2: Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones, en porcentaje del PIB



Nota: El modelo asumen que los traspasos entre sistemas son óptimos de acuerdo con el modelo del MHCP que Colombia Mayor cubre al 26% de los adultos mayores sin pensión con un beneficio equivalente al 12% del salario mínimo, que el salario mínimo se ajusta por incremento del PIB por PEA.

Fuente: Ministerio de Hacienda y crédito Público. Diagnóstico y Retos del sistema Pensional y Protección en la Vejez. Medellín, septiembre 2017, y Banco Interamericano de Desarrollo.

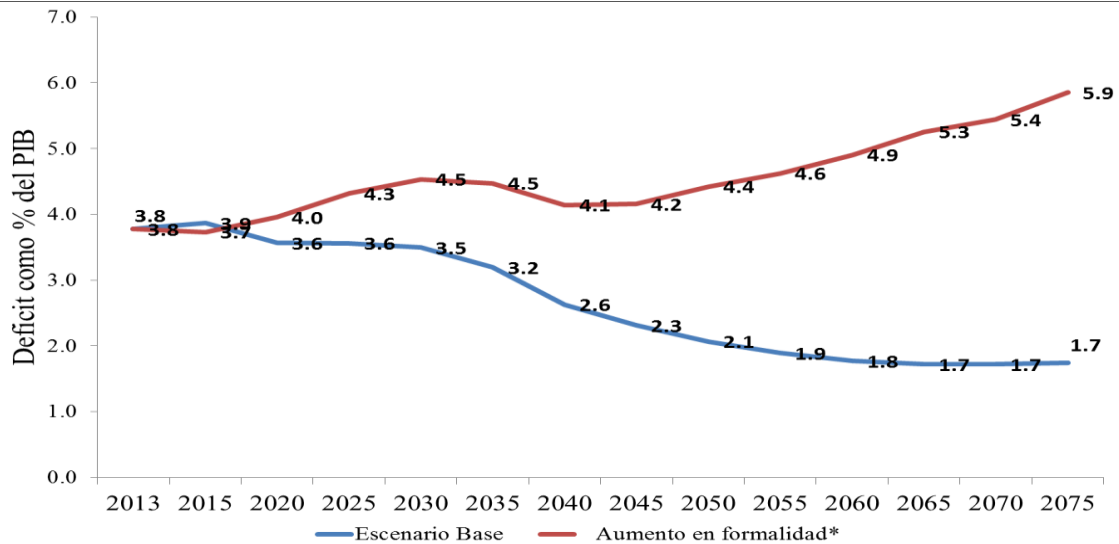
Figura Nro. 3: Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones en el escenario base y en un escenario de ampliación de cobertura bajo varios supuestos



Fuente: Ministerio de Hacienda y crédito Público. Diagnóstico y Retos del sistema Pensional y Protección en la Vejez. Medellín, septiembre 2017, y Banco Interamericano de Desarrollo.

Nota: Los escenarios de ampliación de cobertura asumen que todos aquellos mayores de 60 que no tengan una pensión contributiva reciben Colombia Mayor por 20% del salario mínimo o 1 salario mínimo.

Figura Nro. 4: Flujo de transferencias anuales del sistema previsional cargo del gobierno nacional central para el pago de pensiones en el escenario base y en un escenario de mayor formalización, en porcentaje del PIB



Nota: Como prueba de estrés, el escenario de formalidad asume un nivel de afiliados activos que crece gradualmente al 70% de la PEA y una cobertura del RPM del 30% de los adultos mayores de 60 años.

Fuente: Ministerio de Hacienda y crédito Público. Diagnóstico y Retos del sistema Pensional y Protección en la Vejez. Medellín, septiembre 2017, y Banco Interamericano de Desarrollo.

PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Estos principios se establecen con el objetivo de cumplir los fines del Estado.

- Igualdad: Las dos dimensiones de la igualdad: Igualdad material y formal.
- La Dignidad comprende:

La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse.

La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). características (vivir como quiera).

La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

- Trabajo,
- Solidaridad, como derecho y como obligación de aportar al sistema.

La Corte Constitucional colombiana observa que;

{...} La Corte Interamericana señaló que el derecho a la propiedad no es absoluto, pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social dentro del contexto de una sociedad democrática en el que deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales.

En este orden de ideas, resaltó la Comisión que mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y, por lo tanto, un fin legítimo a ser perseguido por el Estado en una sociedad democrática.

Una de las preocupaciones principales que motivaron la reforma fue la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; la introducción de este criterio buscó entonces asegurar (...) *realmente el derecho efectivo a una pensión de los colombianos, conciliando este concepto con la necesidad del Estado de direccionar recursos para cumplir sus funciones y deberes frente a la salud, educación y otros gastos sociales...*

Cambio del contexto normativo. Los motivos del Acto Legislativo 01 de 2005 fueron macroeconómicos, y de los tipos tales, como lo es el *incremento de la expectativa de vida* y demás. A su vez, existe de un *régimen general*, que el ordenamiento constitucional propugna, sin perjuicio del llamado régimen de transición, a partir del acto legislativo.

Por lo tanto el régimen pensional, que compromete el producto interno bruto como el nuestro el cual se define como el conjunto y el valor de bienes y servicios, quebranta los principios del Estado Social de Derecho, mencionados porque no los logra cumplir como sería su cometido.

SECCIÓN PRIMERA: SITUACIÓN ACTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Las reformas pensionales precursoras al Acto Legislativo 01 de 2005 (Ley 100 de 1993, Leyes 797 y 860 de 2003), No aportaron significativamente a lograr un sistema pensional financieramente sostenible y asequible, de conformidad con el Artículo 48 que ordena, el que toda reforma futura del sistema se encuadre íntimamente con este “principio constitucional”.

Dichas reformas hoy son literalmente inexistentes, excepto porque la Ley 1450 de 2010 que habilitó al Gobierno para escindir el Seguro Social y crear COLPENSIONES, unidad administradora del régimen de prima media y de las pensiones públicas no contributivas, y porque además se incorporó el principio de sostenibilidad fiscal en el artículo 334 Superior mediante el Acto legislativo 03 de 2011 el cual al definir que la “...sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho¹⁷⁸.

El Sistema de Seguridad Social, funciona en el momento en que se armonice y esté ligado al movimiento laboral permitiendo que los planes de empleo vigentes se pueden concatenar al modelo pensional, si esto no es así, el sistema se vuelva insostenible como hoy existe donde el costo del régimen de prima media resulta supremamente oneroso, al no estar ligado a las tendencias mercado laboral y la inclusión del mismo¹⁷⁹.

¹⁷⁸DUQUE GÓMEZ, Nora. DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia. El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. En: Justicia Juris. Enero– junio de 2016. Vol. 12. N° 1, p. 50.

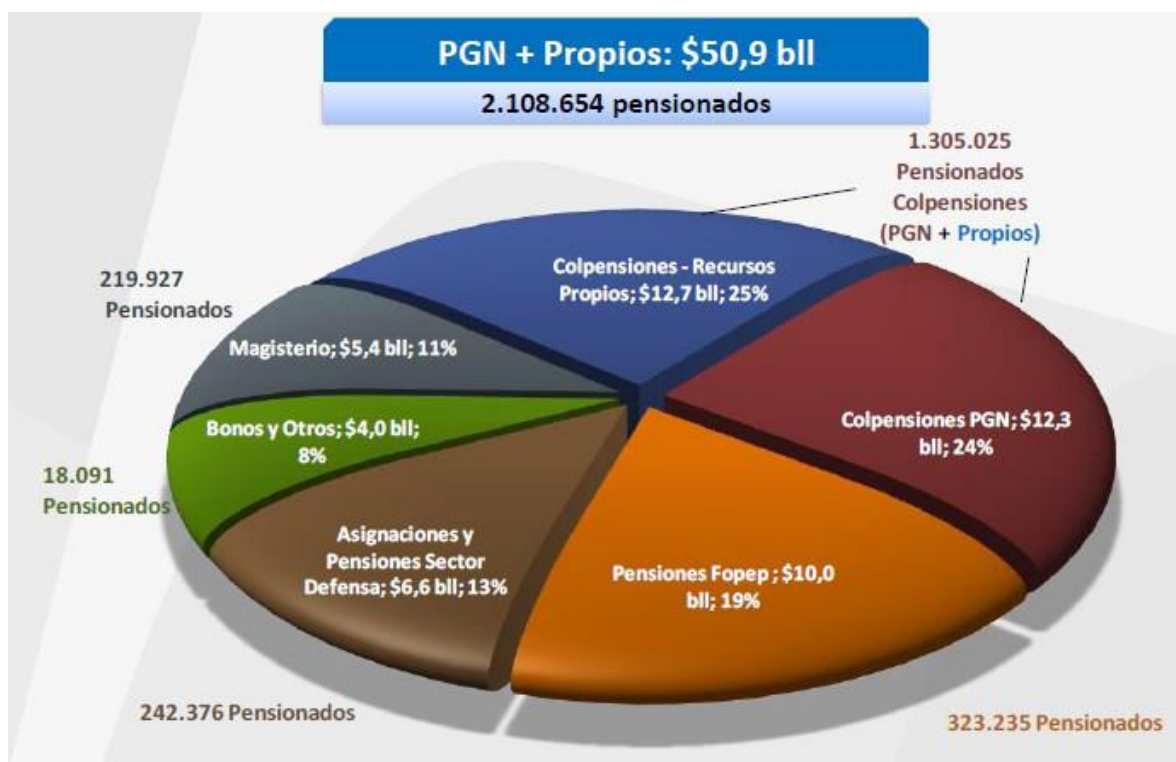
¹⁷⁹ Elaborado por ANIF. p. 2 y 3. Costos no Salariales en Colombia Pos-Ley 1607 de 2012.

Figura Nro. 5: Diagnóstico: Sostenibilidad

Para 2017 las pensiones presentan:

\$50.9 Billones de los cuales \$38.2 Billones son el PGN

\$38.2 billones son 22.5% del Presupuesto General de la Nación sin servicio de Deuda



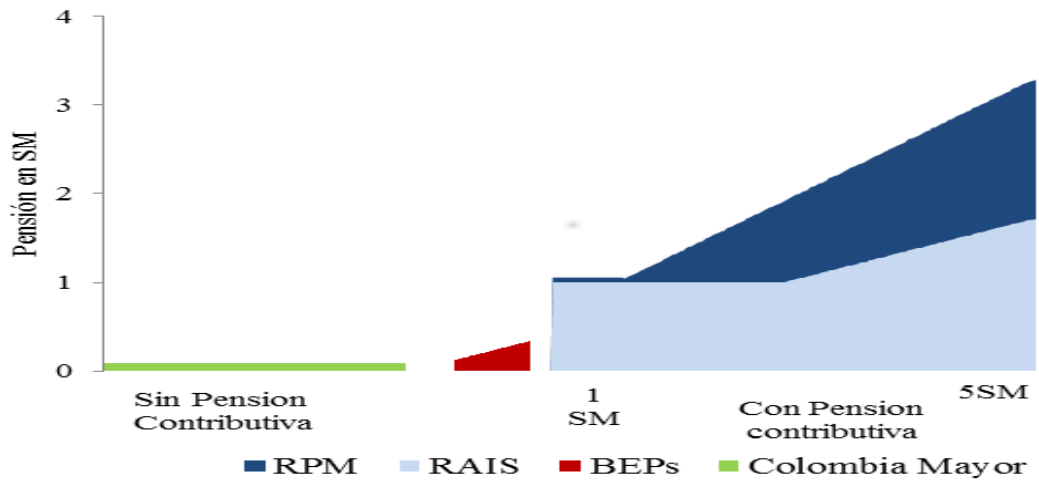
Fuente:Ministerio de Hacienda y crédito Público. Diagnóstico y Retos del sistema Pensional y Protección en la Vejez. Medellín, septiembre 2017.

ELEMENTOS DEL RÉGIMEN QUE VULNERAN DISPOSICIONES SUPERIORES:

⇒ Beneficiario,

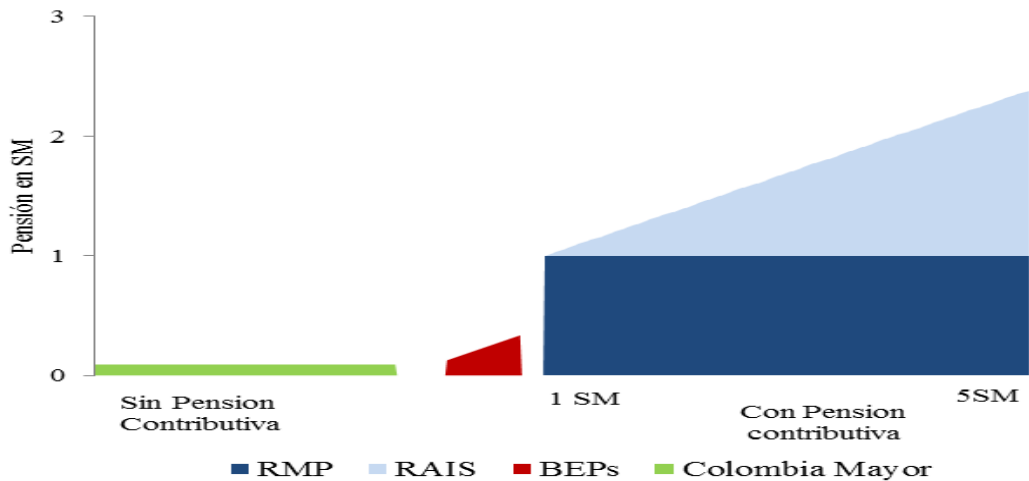
- ⇒ Factores,
- ⇒ Ingreso Base de Liquidación,
- ⇒ Mecanismo de ajuste anual de las mesadas,
- ⇒ Topes.

Figura Nro. 6: Beneficios de los distintos sistemas pensionales en Colombia dependiendo de los salarios de contribución.



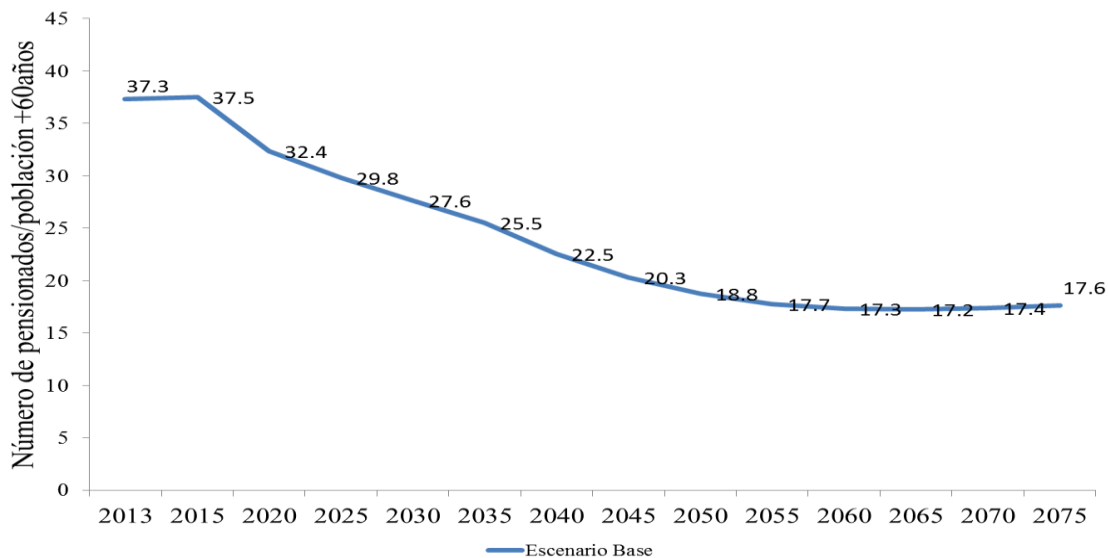
Fuente: BOSCH, Mariano, y BERSTEIN, Solange. CASTELLANI, Francesca. OLIVERI, María Laura. VILLA, Juan Miguel. Diagnóstico del Sistema Previsional Colombiano y Opciones de Reforma. Unidad de Mercados Laborales y Seguridad Social. NOTA TÉCNICA N° 825.

Figura Nro. 7: Beneficios de los distintos sistemas pensionales en un escenario multi-pilar RPMRAIS



Fuente: BOSCH, Mariano, y BERSTEIN, Solange. CASTELLANI, Francesca. OLIVERI, María Laura. VILLA, Juan Miguel. Diagnóstico del Sistema Previsional Colombiano y Opciones de Reforma. Unidad de Mercados Laborales y Seguridad Social. NOTA TÉCNICA N° 825.

Figura Nro. 8: Estimaciones de cobertura previsional futura del sistema colombiano, periodo 2015-2075



Fuente: Ministerio de Hacienda y crédito Público. Diagnóstico y Retos del sistema Pensional y Protección en la Vejez. Medellín, septiembre 2017, y Banco Interamericano de Desarrollo.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 se esperaba cubrir al 100% de la población colombiana en el sistema pensional, puesto que se pretendía atender a quienes no se encontraban vinculados formalmente al mundo laboral, aunque sus ingresos estuviesen por debajo del salario mínimo legal vigente, y con este objetivo se creó el fondo de solidaridad pensional. Aun así y pese a las pretensiones de dicha ley el problema financiero y de cobertura continuaron latentes y para el año 2003 se promulgó la Ley 797 de 2003 que estableció como obligatoria la cotización de trabajadores independientes al sistema general de pensiones, con lo que se esperaba mejorar la situación¹⁸⁰, pero contrariamente a lo planeado dicha legislación provocó un efecto adverso al introducir 'medidas regresivas en materia pensional', que ocasionaron la pérdida de beneficios 'pues hizo más gravoso los requisitos para que las nuevas

¹⁸⁰ALVARADORIVERA, Elba. Alcance de las pensiones voluntarias como alternativa de solución a la crisis del sistema general de pensiones en Colombia. Trabajo de grado. Bucaramanga: Universidad de la sabana. 2013. Recuperado el 16 de Septiembre de 2014, de <http://hdl.handle.net/10818/8294>

generaciones tengan la oportunidad de acceder al derecho pensional', debido a que aumentó de manera significativa el número de semanas¹⁸¹.

¹⁸¹CIPRIÁN CARVAJAL, Claudia Milena. Principio de progresividad “en la pensión de vejez del régimen de prima media”. Trabajo de grado. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. 2011. Recuperado el 18 de Septiembre de 2014, de <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6147>, pp.16 y ss.

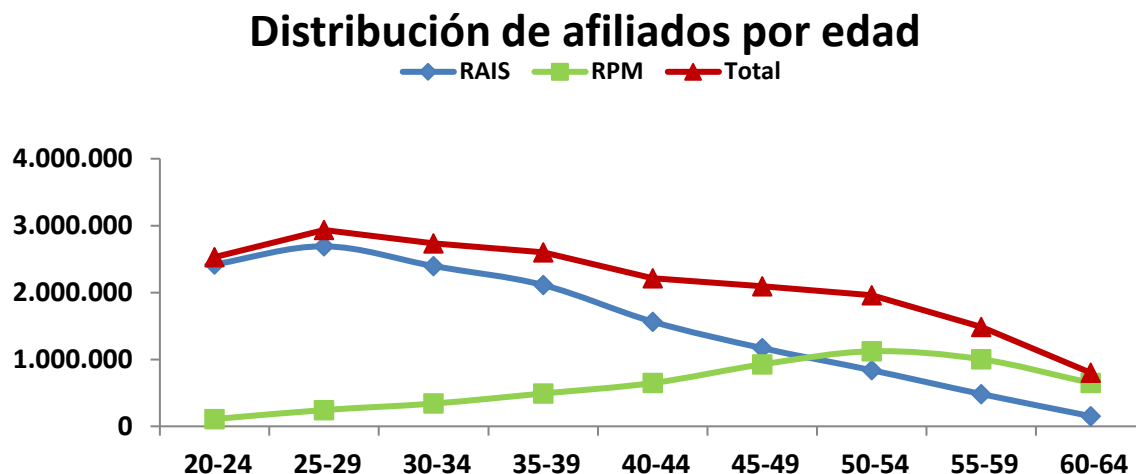
SECCIÓN SEGUNDA: PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

Ha sido consuetudinariamente, un pensar del país nacional abstraerse a dos circunstancias fundamentales en la vida misma de los colombianos y son a saber, no creer que llegaran hacer adultos mayores y la segunda soslayar los aportes para la pensión.

Culpabilidad, como quiera que si bien es cierto la ley señala que todos los ciudadanos mayores de edad están obligados a cotizar el rubro a pensión, los hombres y mujeres tratan de eludir esa responsabilidad a sabiendas de lo que se trata de buscar es un beneficio propio y el de avizorar hacia el futuro una vejez más sosegada y menos complicada.

Pero no se tiene en cuenta a pesar de las múltiples advertencias que no existe una política pública de pensión, por cuanto se debe de partir del presupuesto que las personas entre más se acerquen a las edades de retiro para obtener una pensión son más frágiles a un despido o a una estabilidad laboral, por la carencia de empleo en ese momento de su vida, es decir que en las postrimerías de la pensión muchos colombianos dejan de tener ingresos, y al no haber una política pública de pensiones no hay una forma de que verdaderamente pueda acceder a una pensión digna si no se traen hoy beneficios económicos pensionales que nada dan lugar a una pensión si no que mitigan los ingresos de las personas que no pudieron acceder a la misma, que en todo caso quebranta su carácter de que sea un verdadero ingreso a una persona con dignidad humana.

Figura Nro. 9



Cifras a Febrero 28 de 2017.

Fuente: Luz Ángela Barahona Polo- Superintendente Financiero de Colombia. EL ENFOQUE DE SUPERVISIÓN BASADO EN RIESGOS EN LOS FONDOS DE PENSIONES. X Congreso FIAP Asofondos. Cartagena de Indias, 20 de abril de 2017.

La última estadística a corte de Agosto del 2015, realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), muestra la *tasa de desempleo* en un dígito, señalando que la informalidad impera la actividad la laboral de los colombianos y concatenadamente va ligado al no pago de la seguridad social en pensiones, para el trimestre junio - agosto de 2015 el 48,4 % de los ocupados en las 13 ciudades y áreas metropolitanas cotizaban a pensión en el período de referencia, mientras que para las 23 ciudades y áreas metropolitanas fue de 47,2 %¹⁸².

Las estadísticas como consolidados generales recientes, arrojan que en Colombia la población económicamente activa es:

¹⁸² DANE, Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Medición del empleo informal y seguridad social. p. 2 y 3. Bogotá D.C. 2015

21'022.271 personas de las cuales solo se encuentran afiliados al sistema de pensiones 16'379.494, sin embargo, de estas últimas las que cotizan son 6'770.445 y los pensionados actuales ascienden a 1'793.323. De la PEA únicamente un tercio cotiza regularmente al Sistema General de Pensiones y de estos solo una cuarta parte logra pensionarse¹⁸³.

Esto nos lleva a concluir que para acceder al servicio de pensiones y a la posibilidad cierta de una pensión se puede dar siempre y cuando, condición sine qua non, el empleo en aquellas personas independientes que hacen labores o trabajos informales ingresen a la formalidad porque al mismo tiempo serian sacados de la estructura informal, porque aportarían al sistema pensional y al mismo tiempo la opción de obtener una pensión deja de ser una quimera para convertirse en una realidad objetiva que se dará con el tiempo de servicio o laborar y cumpliendo los requisitos de ley.

Otro lineamiento a tocar es la independencia laboral, encaminada a la unidad de comercio familiar, hecho que los dineros que se obtiene por la actividad de independencia sean invertidos en las obligaciones económicas del momento y se deja de lado los aportes al sistema pensional, o en su defecto es un comercio creado solo para supervivencia diaria, que de forma directa crea una imposibilidad de aportar al sistema pensional. Estos factores de desempleo, la independencia laboral y la informalidad, han impactado contundentemente a la dualidad del régimen pensional como Prima Media (Colpensiones) y Ahorro Individual (Administradoras de Fondo de Pensiones). En el siguiente grafico de ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras) nos muestra la evolución del

¹⁸³ Economía Colombiana 338. Contraloría General de la Republica 2013. p. 87

primer semestre del 2.015, frente a cotizantes activos en el sistema pensional colombiano y con proyección al según semestre del mismo año.

SECCIÓN TERCERA: DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Las grandes fallas en el mercado laboral han hecho que el sistema pensional cada vez se vuelva más insostenible, cuando régimen de pensiones está supeditado al movimiento de empleo de los individuos y que hagan estar ligados mutuamente Trabajo/Pensión. El desempleo ha hecho migrar a muchas personas de fuerza laboral activa a la informalidad, donde cada vez impera más. La política de inclusión laboral en cuenta gotas, han vuelto que cada persona que obtenga un empleo estable sea afortunada de este, la temporalidad, el trabajo ocasional hace que se vuelva imposible para al trabajador aportar un porcentaje de su salario para cotizar a una pensión. El país no puede continuar generando informalidad, por un lado, al cargarle impuestos a la generación de empleo formal (y rebajando el costo de uso del capital a través de gabelas tributarias), mientras por el otro subsidia el empleo informal¹⁸⁴.

El salario mínimo que siempre ha sido generador de inequidad entre la sociedad. Desde el año 1998 se aumentaron el impuesto para la nómina laboral, lo cual llevo al mercado laboral a trasladarse a la informalidad, aumentó de trabajadores por cuenta propia e incrementó del desempleo, esto ayudo a la segmentación para todo el mercado laboral, donde hoy en día cobra mucha más fuerza, sin que exista una intervención seria al mercado laboral informal.

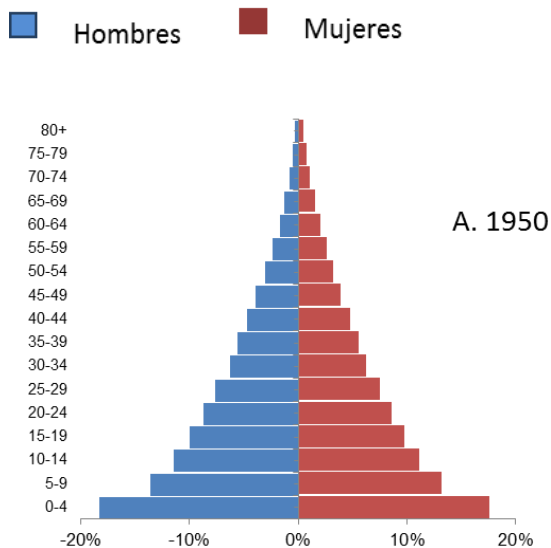
¹⁸⁴ El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final 2012. Fedesarrollo, Bogotá D.C.”

Las recomendaciones de forma directa que hace Fedesarrollo para llevar a cabo una refirma pensional que ayude a eliminar la inequidad laboral que existe:

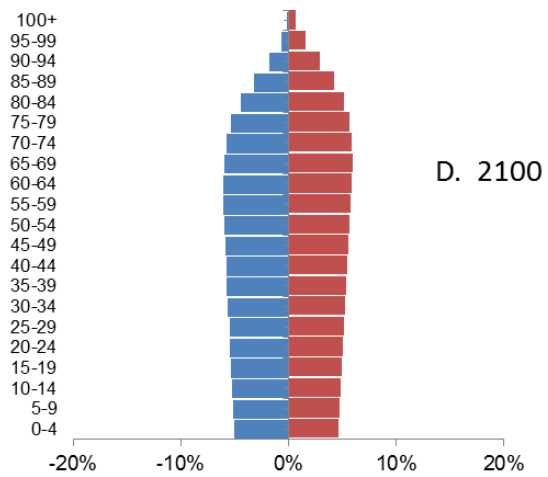
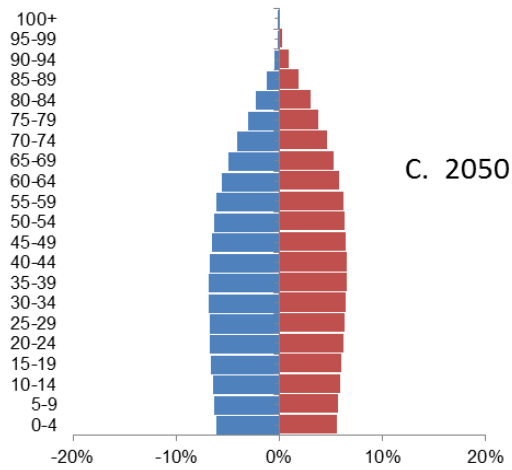
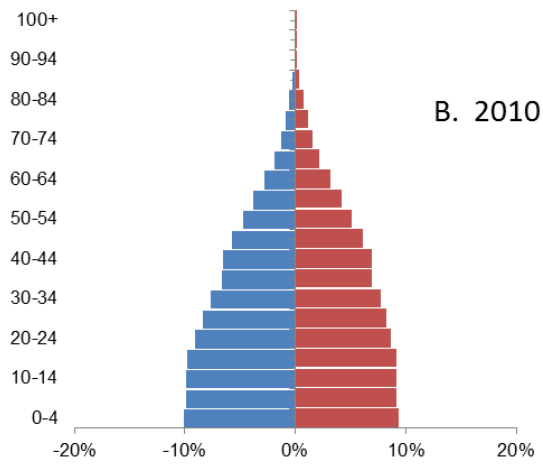
Primero, se debe mencionar la relación existente entre el salario mínimo y la pensión mínima. Aquel depende de una negociación intersectorial anual o de una decisión del gobierno que es imprevisible, generando incertidumbre respecto a la pensión mínima que el sistema pensional debe estar en capacidad de sufragar¹⁸⁵

Figura Nro. 10: FACTORES EXTERNOS A CUALQUIER SISTEMA PENSIONAL

Cambio demográfico de la población:



¹⁸⁵ VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio– Fedesarrollo Cuadernillo 52.



Fuente: ASOFONDOS. Riesgos jurídicos del Sistema General de Pensiones. Pereira, 5 de mayo de 2016.

Detrás de esto las estadísticas indican que la probabilidad de vida para las mujeres aumenta de manera significativa:

En 2050, las mujeres de 70 años vivirán en promedio hasta los 87,2 años, y las que tengan 80 años lo harán hasta los 89,5 años. Además, se mantiene una mayor expectativa de vida para las mujeres: en promedio, las mujeres muy mayores sobreviven entre dos y tres años más que los hombres¹⁸⁶.

Ahora bien, otro generador de inequidad, lo vemos en el mercado laboral entre hombre y mujeres. Las ofertas laborales continuando siendo encaminadas a los hombres excluyendo a las mujeres, el mercado laboral donde la competitividad debe ser de igual formas sin importar su género, ha hecho que los hombres pueden escalar laboralmente más rápido que las mujeres, también, la remuneración que se genera por la actividad laboral realizada por una mujer es menor a la que recibe un hombre, posiblemente haciendo la misma actividad y finalmente esto desencadena cuando el trabajadora al culminar su vida laboral recibir una mesada pensional, esta será liquidada basada en los aportes realizados, entre mayores contribución a la misma, se entrega un mesada pensional de mayor valor. Una de las recomendaciones que hace Misión Colombia Envejece, para aliviar la desigualdad de género es: Para nivelar la desventaja de las mujeres en el sistema, se sugiere una medida complementaria al ajuste de edades de jubilación: un bono pensional que compense a las mujeres por su papel de madres¹⁸⁷.

¹⁸⁶Misión Colombia Envejece de la Fundación Saldarriaga Concha. Cifras, realidades y retos de un país que envejece aceleradamente y necesita prepararse. Bogotá D.C., p. 5.

¹⁸⁷Misión Colombia Envejece de la Fundación Saldarriaga Concha. Cifras, realidades y retos de un país que envejece aceleradamente y necesita prepararse. Bogotá D.C., p. 3.

SECCIÓN CUARTA: VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, EQUIDAD Y LEGALIDAD, CON EL DECRETO DE MONTOS PENSIONALES

Transparencia, equidad y legalidad, son retos que de forma directa debe asumir un Estado Social de Derecho en búsqueda de entregarle a sus coasociados el *mínimo vital*, para asegurar el desarrollo de una vida digna que todo ser humano debe tener, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha reiterado de forma continua en varias providencias lo siguiente:

El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana¹⁸⁸.

En cuanto al punto de vista en que nos lleva a desarrollar los principios mencionados, realmente entra el cuestionamiento, si efectivamente se cumplen y son reflejados al momento en que una persona termina su vida laboral y subsidiariamente busca el disfrute de una mesa pensional. Desde la equidad a la luz de la ley 100 de 1993 que reformo el sistema pensional en Colombia, buscando que toda persona accediera al sistema, para luego obtener con posterioridad a una mesada pensional, hoy esto se encuentra en crisis, según las estadísticas:

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-581 A - 2011 (2012, diciembre). M.P. González Cuervo Mauricio, Bogotá D.C.

Solo la tercera parte de los trabajadores al sistema cotiza a pensiones un indicador que tiende a hacer bajo en comparación con Argentina (54%), Brasil (65%) o Chile (74%)¹⁸⁹.

También dicha ley busca dar vía libre a un Sistema de Seguridad Social Integral, donde la población colombiana se beneficie de este, lo cual introdujo principios rectores, encaminados a fortalecer el sistema, tales como la equidad - anteriormente consignado - sino también la solidaridad donde en su artículo 2º lo define:

“Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos. Las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables”¹⁹⁰.

La solidaridad uno de los principios más importantes; si nos remontamos a décadas pasadas cuando el inglés William Beveridge, en sus informes desarrollo desde toda perspectiva la solidaridad como orientador de un modelo de seguridad social para todos, donde los aportes que se hagan al sistema no solo beneficien a sus aportantes, sino a la población de escasos recursos que por motivos económicos se dificulte contribuir. Hoy el Congreso de la Republica al momento de legislar, olvida ampliar el radio de protección que el constituyente de 1991 plasmó en la *norma de normas* y dice:

¹⁸⁹ VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio. Fedesarrollo Cuadernillo 52. pp. 34 y 46.

¹⁹⁰ Ley 100 (23 de diciembre de 1.993). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”, disponible en: <
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html>

Nuestra opción es por un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social¹⁹¹.

Los colombianos en cualquier escala social llámense dirigentes, empresarios, trabajadores, personas de a pie y entre otras, intrínsecamente debe estar en nuestro pensar la solidaridad como un deber ético, de ayuda al prójimo de una sociedad que busca avanzar y dejar de ser segmentada. El legislativo olvida ampliar el rango de beneficios a las poblaciones más vulnerables y en contravía beneficia a los que realmente no lo necesitan, por otro lado, el ejecutivo poco hace en políticas de seguridad social que resguarde y proteja a toda la colectividad. La Corte Constitucional se ha referido a la solidaridad como un principio y garantía universal concatenada a los derechos fundamentales que están reconocidos por el bloque de constitucionalidad y la Carta Política de 1991, este alto tribunal en varias jurisprudencias sintetizó la solidaridad en las siguientes manifestaciones:

(i) Como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios¹⁹².

Aunque la Ley 100 buscando reafirmar los “principios del Estado Social de Derecho” que llegó con la Carta Política de 1.991, llegó con problemas de implementación en su diseño, que con la entrada en vigencia de dicha ley arrastra *problemas de cobertura* e inequidad, que han afectado de forma directa al fisco del Estado y

¹⁹¹ Asamblea Nacional Constituyente. Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Finalidad Social del Estado y la Seguridad Social. Gaceta Constitucional No. 78, mayo 1991, p. 2.

¹⁹² Economía Colombiana 338. Contraloría General de la República. 2013, p. 39.

ligadamente los regímenes especiales a contribuido a que no exista equidad para los que obtiene una pensión.

SECCIÓN QUINTA: REFORMA CONSTITUCIONAL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005

La propuesta normativa que al respecto hace el Acto Legislativo número 01 de 2005 en mención, para la dinámica de lo normativo en temas pensionales, crea el diseño programático del sistema pensional del país, desarrollándose en los campos de la expectativa de vida de los habitantes, y la deuda en términos del PIB. Es como el presente estudio se aproxima a los orígenes, antecedentes en el tratamiento dado por la “Corte Constitucional”, en cuanto a la variación de la Constitución, su inhibición al verificar los requisitos, un análisis de lo concluido por la “comisión de expertos”, y también del Comité de Libertad Sindical, recomendaciones, y si hay o no obligaciones, respecto a lo vinculante.

Ahora bien, existen los principios de universalidad, eficacia y solidaridad, que son el marco de desarrollo y progresividad del derecho descrito en el artículo 48 de la Constitución Política del 91, a su vez está la inversión al Sistema General de Pensiones; como lo que se debe integrar a un principio constitucional de sostenibilidad para el gasto público (Acto Legislativo 01 de 2005, Acto Legislativo 03 de 2011), para el ordenamiento jurídico colombiano. Los Actos Legislativos en mención enfatizaron y reconocieron, “por mandato de la ley y la Constitución, respetar los derechos adquiridos en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones”, sin olvidar que el legislador le está prohibido modificar los derechos adquiridos, todo lo que busca es crear seguridad jurídica por parte del Estado.

De manera unánime los tratadistas refieren que cuando la población es la que directamente se involucra en el panorama de lo constitucional para introducirle reformas estamos refiriéndonos a un *poder constituyente primerio u original*, y que

de acuerdo con la facultad que la Constitución Política confiere, lo hace el legislativo, nos localizamos ante el “ejercicio de un poder constituyente derivado”.

El acto legislativo en esta perspectiva es una norma jurídica por iniciativa de la cual el Congreso de la República, reforma la Constitución, en ejercicio de las funciones que la misma Constitución Política le confiere y, consecuentemente, sin afectar el contenido esencial y fundante de la razón pública, asume la responsabilidad ética de ajustar el texto constitucional por razones esenciales en una búsqueda altruista. En la medida en que el artículo 379 de la Constitución Política señala que estos actos, estas normas reformativas de la Constitución por parte del Congreso de la República; *solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título -se refiere al título XIII- Con el control de constitucionalidad de los actos legislativos.*

Algunos de los artículos sujetos o no de tutela y de los cuales pareciera colegirse que la única posibilidad del *control constitucional* de su propia reforma es la que se relaciona con la valoración del cumplimiento del procedimiento formal para su aprobación y, en modo alguno del análisis acerca de la coherencia material con los principios que la regulación Constitucional contiene.

De otra parte, sólo puede tener explicación de contexto histórico, la inevitable necesidad de impedir que los sistemas pensionales colapsen, de acuerdo con las siguientes dramáticas tendencias actuales:

- El serio riesgo que la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, que pone la calamitosa situación en materia de financiación del pasivo pensional.

- Con base en la aprobación que impartiera el Congreso mediante la Ley 796, la fallida reforma pensional contenida en uno de los puntos del “referendo”, sometido a consideración de los colombianos en el año 2003.

- En la atenuación del riesgo de colapso total que pudiera colocarse el sistema, el temor a las decisiones que la Corte Constitucional, en las que ha declarado inexecutable, disposiciones legales relacionadas con la intención de hacer por vía legal un ajuste al sistema pensional.

Por lo que, la Constitución Política en materia pensional, constituyéndose en su principal fuente normativa la Ley 100 de 1993; se convierte en una especie de reglamento desde la norma de normas, con sustento dentro de la codificación en mención, en disposiciones fundantes como los artículos 11, 13, 16, 42, 46, 53, y el *derecho irrenunciable* contenido el artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 del 2005, introduciendo nueve incisos más, dos párrafos permanentes y seis párrafos transitorios, a los seis párrafos o incisos a la originaria mención literal del artículo, cuya iniciación de vigencia, según el Decreto 2576 del mismo año, tuvo lugar, en versión corregida, el día 29 de julio del 2005, están condicionados a la validación que sobre el llevo a realizar la Corte. Es así, como en las generalidades del Sistema de Seguridad Social Integral, establece la norma reformativa de la Constitución por parte del Congreso de la República dispuso en materia de *pensiones convencionales* lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 3o. “<Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005:> 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”.

El precepto en comento hace parte de nuestro ordenamiento jurídico con categoría constitucional, es así como ya fue demandado mediante acción pública de inconstitucionalidad, y en sentencia C-472 del 2.006, la H Corte Constitucional argumento “que no tiene competencia para conocer del contenido material del Acto Legislativo y que además no hubo sustitución del texto constitucional original”, declarándose INHIBIDA. Igualmente, ya como texto constitucional en comento, según el BLOQUE de CONSTITUCIONALIDAD LABORAL los Convenios 87, 98, de la OIT, referentes al derecho de *libertad sindical* y sindicación y *negociación colectiva*, forman parte de ese concepto en estricto sentido según pronunciamientos contenidos en las sentencias: C-225 de 1995, T-568 de 1999, C-567 de 2000, C-797 de 2.000, C-1491 de 2000, C-401 de 2005, C-280 de 2007, lo anterior, elaborado y desarrollado por la propia Corte Constitucional.

De conformidad con la *naturaleza jurídica* de las recomendaciones de la OIT. Sobre la obligatoriedad de acatar estas recomendaciones por el Estado colombiano, se ha señalado expresamente que:

*La jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003, en las que se concedió el amparo solicitado, ha sido uniforme **al considerar que las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la***

OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración, tienen una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano y por tanto es imperativo el acatamiento de lo allí ordenado. La sustracción de su cumplimiento implica la violación de derechos fundamentales alegados, además de desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales. (Resaltado fuera del texto)

También el Acto Legislativo adiciono los siguientes incisos al artículo 48 de la Carta Política, en aquellos casos en que la persona ha cumplido todas las condiciones que la ley ha impuesto para obtener una mesada pensional como:

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.

Para que se garanticé la *pensión mínima de vejez*:

La liquidación de las pensiones sólo se tendrá 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.

Igualmente, reafirmo que ninguna pensión puede ser inferior a un salario mínimo legal vigente, al momento en que se otorgue y conjuntamente por derechos a la igualdad que todas las personas tienen a obtener una mesada pensional digna sin desproporciones, se fijó un tope máximo:

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.

A su vez, en la búsqueda de la *calidad de vida acorde con la dignidad humana* (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y del *bienestar individual*, y la *integración de la comunidad* (L. 100/93, preámbulo), en materia de derecho constitucional se pretende aclarar el sentido y la importancia de lo que significa este acto legislativo; de los alcances de esta reforma de la Constitución para regular el sistema pensional, a través de presupuestos básicos para el funcionamiento del sistema general de pensiones, como los son:

- (...) (i) la garantía de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones;**
- (ii) cumplimiento de los requisitos legales;**
- (iii) unificación de requisitos y beneficios pensionales,**
- (iv) imposibilidad de hacer pactos o convenciones colectivas con beneficios pensionales superiores,**
- (v) liquidación sobre los factores efectivamente cotizados y**
- (vi) Límite en el valor de las pensiones...**

Es así, como respecto de pensiones de jubilación, la Corte suprema de Justicia expresa que para las disposiciones convencionales, no comporta la merma de los *derechos adquiridos*, mientras convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos de trabajo, laudos arbitrales y acuerdos válidamente celebrados, estuvieron en pleno vigor, lo anterior obedece a la *pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional*, contenidas en esos estatutos o actos: “(...) Se debe comenzar por decir que la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 no hace perder el derecho al

reajuste pensional..., por tratarse de un derecho legítimamente adquirido de conformidad con las reglas pensionales existentes para el momento en que se reconoció, así la norma convencional que le dio origen desaparezca...” (“CSJ, Cas. Laboral, Sent. ene. 23-2009. Rad. 30077, M.P. Gustavo Gnecco Mendoza”).

Como ni la nueva figura de ahorro individual ni la cotización de trabajadores independientes cambió el panorama de déficit financiero del sistema pensional, para el año 2005 se promulgó el acto legislativo 01, que en concordancia con Camacho, Moreno & Rincón (2012), incluyó el principio de sostenibilidad financiera en la Constitución Política de Colombia, con el cual se pretendía garantizar el pago de la pensión tanto para los beneficiarios del sistema de prima media como aquellos que se encontraran cotizando en un fondo privado, dicha legislación hizo evidente, que el gobierno colombiano reconocía ‘la escasez en los recursos públicos, la necesidad de que ellos atiendan las necesidades de la población, y la urgencia de crear economías de escala (suficiencia) para lograr que se dé la eficacia de los derechos’, principalmente a lo que en materia de pensiones se refería¹⁹³.

Así, todos los intentos por subsanar el desequilibrio financiero en el sistema de pensiones han estado orientados a alcanzar la sostenibilidad económica, dejando de lado el carácter social y político que abarca el problema del acceso a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte. El sistema de pensiones en el país se encuentra en un Estado preocupante, y se prevé una crisis inminente, es decir, el sistema se está haciendo progresivamente insolvente e insostenible. Así, dado el rango constitucional adquirido por el principio de sostenibilidad financiera a partir del acto legislativo 01 de 2005, en este artículo se analiza la tensión entre el derecho fundamental a la pensión en cada una de sus contingencias cubiertas y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en cuanto al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida¹⁹⁴.

¹⁹³CASTILLO CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*(112). 2006, p.131. Recuperado el 1° de Octubre de 2014, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281870>

¹⁹⁴DURANGO, Alba Manuela, &HERNÁNDEZ, Amparo. *Perspectiva del Sistema Pensional Colombiano: análisis de su viabilidad financiera y social*. Trabajo de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia. 2011.

Partiendo de la definición de la estructura de un sistema de pensiones dual, tanto para el régimen privado como para régimen público, el principio de la sostenibilidad financiera representa en distintas dimensiones la garantía de un derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida en el tiempo.

Con el Acto Legislativo 03 de 2011 se fortalece jurídicamente el principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución, ya que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal, situación que no se limitó a una simple orientación, sino que incluso obliga a su acatamiento. En relación con el Sistema de Seguridad Social, específicamente, en el Sistema General de Pensiones, esta inclusión no es una situación innovadora, con el Acto Legislativo 01 de 2005 ya se había elevado a rango constitucional el concepto de sostenibilidad financiera, y en consecuencia, el Estado se obligó a garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan (Acto Legislativo 01 de 2005, Acto Legislativo 03 de 2011)¹⁹⁵.

También se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo lo que busco fue introducir una reforma financiera sostenible, al régimen pensional y, a las negociaciones colectivas de trabajo, donde el punto neurálgico que se identificó fue el de los regímenes especiales, por el alto gasto público que generan a las arcas del Estado y también introdujo la reducción del gasto que proviene del régimen de transición.

En declaración de lo anterior, sobresale la vulneración del Estado Colombiano a los compromisos internacionales con ocasión de la ratificación de los tratados, por lo que, aun mediante reforma constitucional, no puede socavar o reducir los derechos de orden social, económico y cultural, y se ha tratado de excusar el incumplimiento por parte del gobierno colombiano, alegando la reforma constitucional un argumento sobre *sostenibilidad financiera* del sistema pensional y la baja cobertura del mismo;

¹⁹⁵DUQUE GÓMEZ, Nora. DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia. Ob. Cit.p. 49.

desde el año 2004 propuso la modificación de la *constitución política* para establecer una reforma pensional severa que quedó elevada a rango supralegal.

SECCIÓN SEXTA: PRECEDENTE SENTADO POR LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional al resolver el trámite de tutela adelantado por tres ciudadanos quienes solicitaron a través de la acción constitucional, la *indexación de la primera mesada pensional*, donde la sala plena sentó el siguiente precedente:

Se amparó una decisión consultando el principio de sostenibilidad fiscal, al suponer que, ordenar el pago retroactivo de la indexación, desde la fecha en que se presentó la primera reclamación, pondría en riesgo la estabilidad del Sistema General de Pensiones. Por lo anterior, esta colegiatura efectuó una interpretación orientada a equilibrar los intereses en discusión teniendo en cuenta que la certeza del derecho es el momento a partir del cual se debe determinar el término de la prescripción, de modo que “pese al carácter universal del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas con anterioridad a 1991, hace que sólo a partir de esta decisión de unificación sentencia SU-1073 de 2012 se genere un derecho cierto y exigible”¹⁹⁶.

Ahora bien, del análisis de la siguiente gráfica, propuesta por las tratadistas DUQUE GÓMEZ, NORA & DUQUE QUINTERO, SANDRA PATRICIA, exponen el cambio de postura por parte de la Corte Constitucional de discriminación entre derechos fundamentales y programáticos en su evolución jurisprudencial, mencionando para ello las reflexiones al Artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales, y

¹⁹⁶ Colombia, Corte Constitucional (2012, diciembre) Sentencia SU-1073. M.P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio, Bogotá.

Culturales ,para lo cual, el Alto Tribunal de forma invariable al prescribir el problema jurídico y desarrollar sus consideraciones, incluye un capítulo en el que se reitera la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, para concluir que tienen ese carácter y pueden ser amparados por vía de tutela .Actualmente todos los derechos constitucionales¹⁹⁷. Lo anterior aplicando la *ingeniería de reversa*, mediante la metodología de Diego E. López Medina, implementada en su libro El Derecho de los Jueces (2006).

Para los momentos decisivos precisos, 2015-1991, inicialmente, de forma imperante, se detiene el análisis en la Sentencia T 693 de 2014 (MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo),“por tratarse de una decisión cuyos hechos relevantes traducen con precisión el patrón fáctico de la pregunta a resolver: si el derecho a la pensión es un derecho fundamental”(sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes), definida como la sentencia fundadora, que dio origen a la presente “línea jurisprudencial” como *Sentencia arquimédica*, la sentencia hito, que en la secuencia de tiempo decisonal en mención, aclara el panorama para la respuesta definitiva y, que a su vez permite derivar todo un nicho citacional; las sentencias confirmadoras de principio, las siguientes:

- La Sentencia T-431 de 2009 (MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) concerniente al derecho a la pensión de invalidez como parte del derecho a la seguridad social, reitera la jurisprudencia que analiza la seguridad social como derecho fundamental.

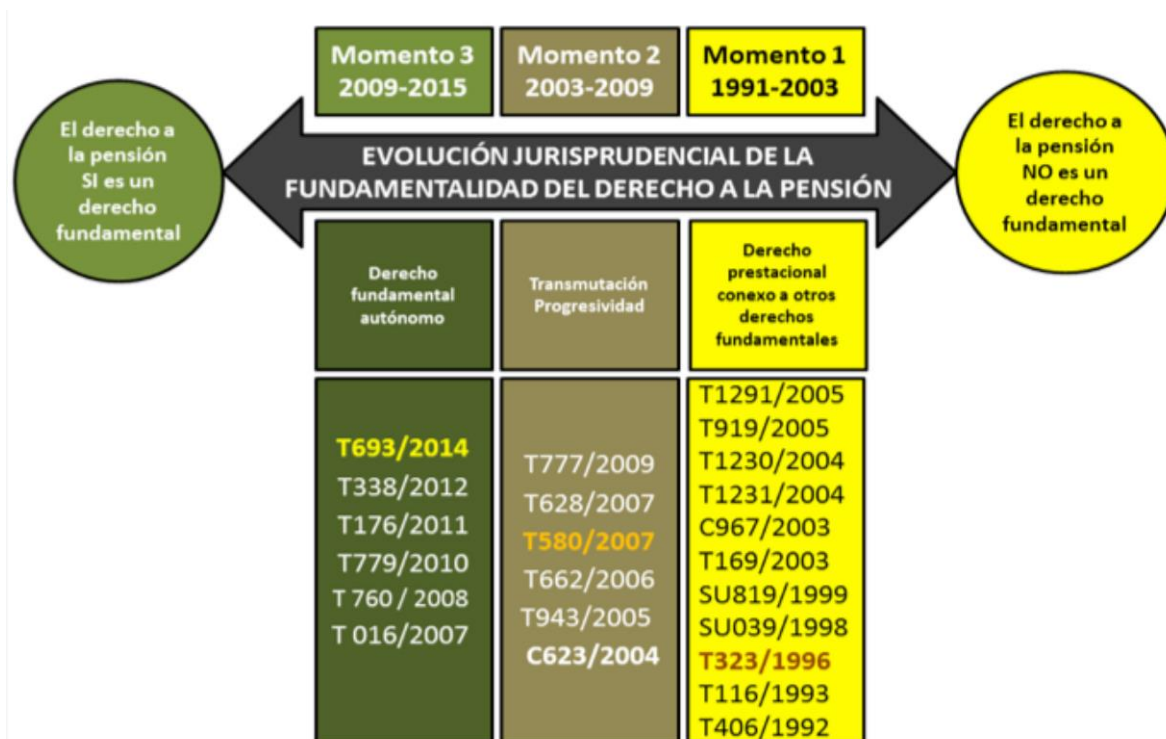
¹⁹⁷DUQUE GÓMEZ, Nora. DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia. Ob. Cit.pp. 45-47.

Confirman jurisprudencia en el mismo sentido,

- La Sentencia T-779 de 2010 (MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) en la que se aborda el problema jurídico de la pensión de sobreviviente;
- la Sentencia T-176 de 2011 (MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) sobre la afiliación al sistema de riesgos laborales;
- y la Sentencia T-338 de 2012 (MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) sobre la indemnización sustitutiva y devolución de saldos.

Enunciadas en la línea jurisprudencial de la siguiente gráfica, estableciendo tres momentos, esto es: un primer momento, donde una serie de decisiones de la Corte Constitucional tiende a considerar el *derecho a la pensión*, como un “derecho prestacional”, conexo a otros derechos fundamentales, pero sin el carácter de derecho fundamental propiamente señalado, cuando se producen las dos primeras reformas al sistema previsional con la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; un segundo momento entre los años 2003 y 2009, de modificación y progresividad, para repercutir en un tercer momento desde el año 2010 al tiempo presente, de las decisiones de la Corporación como derecho fundamental autónomo.

Figura Nro. 11: “Evolución jurisprudencial de la fundamentalidad del derecho a la pensión en Colombia”.



Fuente: El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. DUQUE GÓMEZ, NORA & DUQUE QUINTERO, SANDRA PATRICIA.

Así, en el Momento 1, el derecho a la pensión, es particularmente un *derecho social*, pero adquiere tal categoría en conexidad con otros derechos fundamentales, no es *per se* un derecho fundamental.

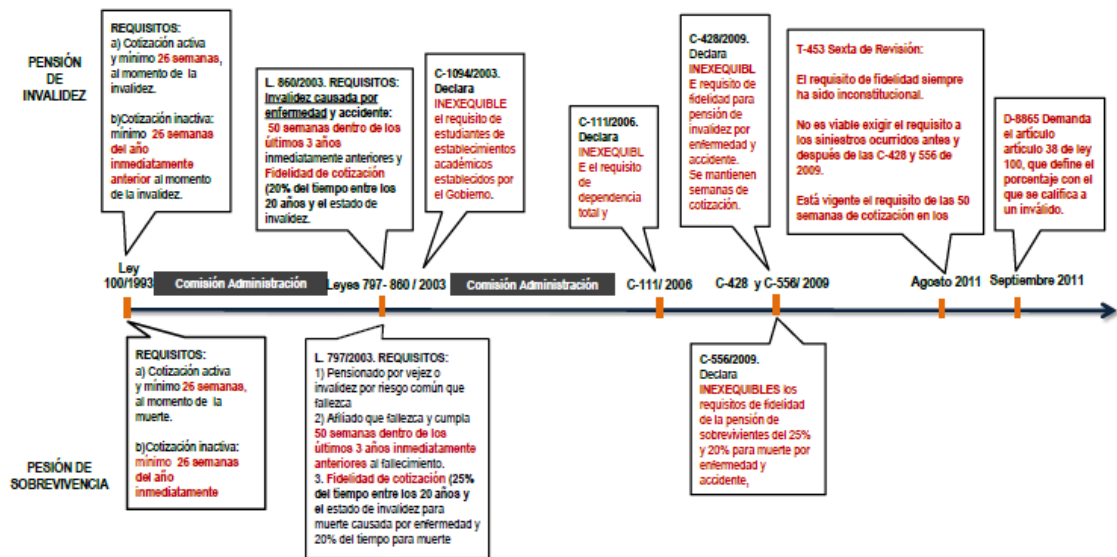
En el Momento 2, de situación que otorga a la seguridad social, así como a otros derechos políticos sociales y económicos, de más alcance en el orden constitucional, al gozar de la doble enunciación de servicio público y derecho constitucional, desde el aspecto de los fines del Estado Social de Derecho, e igualmente principia a mitigarse el alegato de no fundamentalidad, por lo que podría denominarse como un escenario de modificación y progresividad, en donde

concorre, ya en el progreso del derecho, una extensa regulación y una vasta jurisprudencia procedente de las tres altas Cortes de Colombia, en la vía hacia el efectivo reconocimiento de la fundamentabilidad del derecho a la pensión¹⁹⁸.

En el Momento 3, y seguidamente las sentencias discurridas, revisten la calidad de confirmadoras, de la línea, que para la Corte se considera como un derecho fundamental autónomo, el *derecho a la pensión*. *Providencias* en las que se atiende a los razonamientos de consagración constitucional, irrenunciabilidad, bloque de constitucionalidad y especial protección de los afiliados en condición de vejez, invalidez o sobrevivencia, al momento de analizar la procedencia de la acción de la tutela. Al abordar, el tener en cuenta el derecho a la pensión, como derecho fundamental autónomo, aquí, inicia el cambio de postura de la corte constitucional.

Figura Nro. 12: Algunos ejemplos: sentencias que impactan el seguro previsional.

¹⁹⁸“La eficacia directa la seguridad social, sólo puede representarse en la medida en que se afecte con su desconocimiento la garantía de un derecho que sí lo sea, no *esper según* derecho fundamental. Es el sentido de la postura inicial, mantenida en la jurisprudencia de la ‘Corte Constitucional’”.



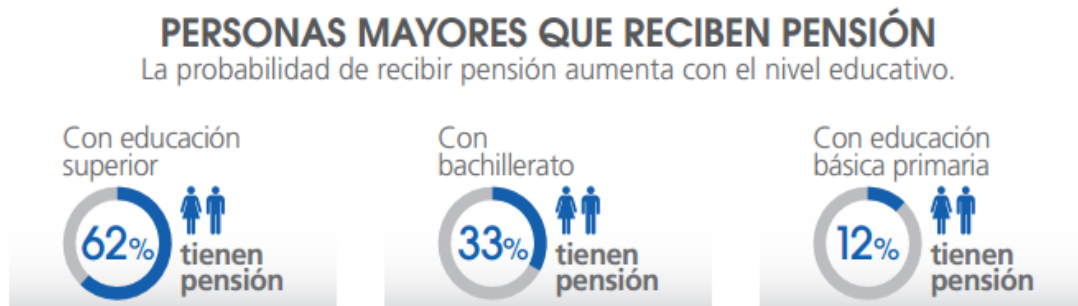
Fuente: ASOFONDOS. Riesgos jurídicos del Sistema General de Pensiones. Pereira, 5 de mayo de 2016.

SECCIÓN SÉPTIMA: SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA A LARGO PLAZO, GARANTÍA DE IGUALDAD, PARA GARANTIZAR LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Todo parte de dos grandes enunciados, para poder circunscribirnos a las garantías que existen para esgrimir el postulado de sostenibilidad financiera, la primera el grado educacional: Colombia es un país en donde no ha calado el hábito direccionado a que el ahorro es una manera de mirar el devenir con tranquilidad y con un muy buen grado de prosperidad. Nos cuesta trabajo enorme arrimarnos a la voluntad de separar esa parte de los dineros percibidos cada mes y ponerlos en un sitio, banco, alcancía y, tenerlos con seguridad y empeño, siempre mirando el mañana. Ahora, sabemos la obligatoriedad y las talanqueras que existen para disponer de ellos cuando la persona pertenece a ese grupo bienaventurado de ciudadanos que tienen un empleo estable. El problema radica en las personas que son independientes, que tienen labores inestables. Para ellos es muchísimo más difícil - si esa actividad económica no es muy representativa - puesto que los menores ingresos serán tasados con singular esmero para ellos ni salud y menos la pensión son factores, que, en definitiva, les preocupe en el ese particular momento.

El gráfico evidencia que la educación impera al momento de obtener una pensión y viceversa entre menos el nivel de educación es más restringido la posibilidad de pensión.

Figura Nro. 13



Fuente: Misión Colombia Envejece de la Fundación Saldarriaga Concha.

El segundo enunciado tiene que ver, con la mentirosa estadística que proporciona los datos del instituto oficial encargado de esa misión. Sabemos que en los resultados finales que trimestralmente se entregan, van insertos un grueso número de personas que desarrollan actividades no frecuentes, el vendedor de la esquina, el mesero ocasional del fin de semana, información cuyo estudio y análisis va deformada si se parte de un error en su base.

Para incorporar el grueso de la población al sistema pensional, no basta campañas dirigidas a hacer atractiva la vinculación, Es necesario partir de una política de Estado encaminada a proporcionar a la industria, el comercio y a la individualidad, estímulos para abrir fuentes de empleo, que sea permanente y sostenible. Además, los gobiernos de turno deben obligarse a pagar la gran deuda que desde el mismo momento en que se crearon las organizaciones de salud y pensión, se tiene hasta ahora. Si el Estado busca que el mayor número de colombianos se incluyan en ese rubro social está en la obligación de chocar frente a ese evento para desarrollar las políticas que no solo hagan atractiva la vinculación si no, obligatoria su inclusión.

La inclusión es una expresión que va dirigida a todos:

Es denomina inclusión a toda actividad, política o tendencia que busque, integrar a las personas dentro de la sociedad, buscando que estas contribuyan con sus talentos y a la vez se vean correspondidas con los beneficios que la sociedad puede ofrecer¹⁹⁹.

Lo anterior significa que organizaciones tan poderosas y a su vez tan numerosas tales como, los afrodescendientes y campesinos de esta patria no se hayan incorporado en los derechos en seguridad social, negligencia estatal o incapacidad en la búsqueda de la igualdad en cuanto que cerremos la brecha entre ciudadanos de primera y otras categorías. El Estado en su afán de acertar debe tener políticas claras encaminadas a buscar que el ciudadano de a pie, cercano o lejano de las grandes urbes, se va obligado estar inscrito en un régimen de salud como al mismo tiempo a uno de pensión que le asegure, así sea moderadamente, la llegada a su adultez mayor con claros signos de ventura. Es importante ver los beneficios de cada uno de los regímenes vigentes para identificar lo bueno o malo de cada uno:

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS	Régimen de Prima Media - RPM
--	------------------------------

¹⁹⁹ Diccionario de Definiciones. Sección Derecho [En línea] <<http://www.definicion.mx/inclusion/>> [Citado el 1º de octubre de 2015]

<ul style="list-style-type: none"> - “No es necesario cotizar una cantidad de semanas o cumplir una edad determinada; solamente tiene que tener acumulado en su cuenta el capital suficiente para financiar el 110% de un SML. - No hay un valor límite para recibir como pensión. - Los aportes ganan una rentabilidad mínima establecida por la Superintendencia Bancaria; esta rentabilidad se abona a la cuenta de ahorro individual. - Se pueden hacer aportes voluntarios para obtener una pensión más alta. - Si el afiliado fallece, el dinero que no puedan disfrutar los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia lo podrán heredar los familiares”. 	<ul style="list-style-type: none"> - “Debe cotizar 1200 semanas, número que se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el 2015; asimismo debe cumplir 55 años si es mujer y 60 si es hombre. En 2014 aumentará a 57 y 62 años respectivamente - La pensión no podrá ser superior al 80% del IBL • No se beneficia de la rentabilidad de sus aportes. - No se pueden hacer aportes voluntarios para aumentar el monto de la pensión recibida. - El dinero que no puedan disfrutar los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia permanece en el fondo común y por tanto no es heredable”.
---	--

Según las estadísticas muestran que la reforma pensional debe ser urgente cuando cada vez se está volviendo cada día más insostenible y las políticas del gobierno nacional frente a la oferta laboral no son ayudan directamente, en el modelo dual pensional que tenemos arrojan los siguientes consolidados:

El 72.9% de los afiliados oscila entre los 15 y 39 años, de los cuales, en dicho segmento, el 56.5% son hombres y el 43.5% mujeres. En el RPM el 78.1% de los afiliados oscila entre los 30 y 59 años, de los cuales, en dicho segmento, el 57.5% son hombres y el 42.5% mujeres²⁰⁰.

Otros consolidados que debemos tener en cuenta son:

Para el año 2050 en Iberoamérica el número de adultos mayores de 60 años será el 22% de la población y hacia el 2050 por primera vez, los adultos mayores en el mundo superarán en número a los jóvenes. Habrá 112 adultos mayores por cada 100 menores. En Iberoamérica en 2010, habrá 29 adultos mayores por cada 100 niños y 12 adultos mayores por cada 100 habitantes en edad laboral. Estas cifras, por si solas, ameritan una gran reflexión. A ellas hay que sumar, además, las correspondientes a los adultos mayores víctimas del desplazamiento en nuestro país, los adultos mayores en pobreza de nuestras áreas rurales y el número preponderante de mujeres que hacen parte de este último núcleo poblacional²⁰¹.

Figura Nro. 14

²⁰⁰ Economía Colombiana 338. Contraloría General de la Republica. 2013, pág. 91.

²⁰¹ Economía Colombiana 338. Contraloría General de la Republica. 2013, pág. 92.

Población mayor de 60 años ▼



Población mayor de 80 años ▼



Fuente: Misión Colombia Envejece de la Fundación Saldarriaga Concha.

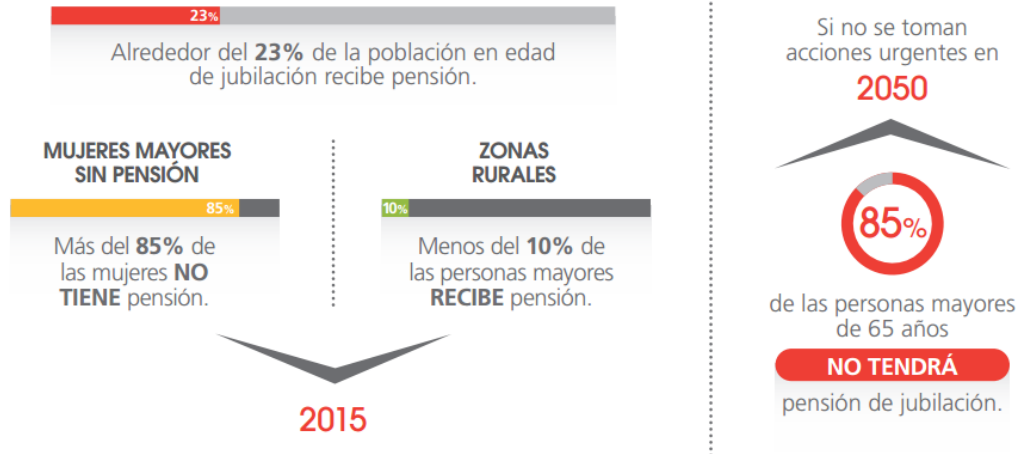
Detrás de esto las estadísticas indican que la probabilidad de vida aumenta entre la población colombiana de manera significativa:

En 2050, las mujeres de 70 años vivirán en promedio hasta los 87,2 años, y las que tengan 80 años lo harán hasta los 89,5 años. Además, se mantiene una mayor expectativa de vida para las mujeres: en promedio, las mujeres muy mayores sobreviven entre dos y tres años más que los hombres.

La siguiente estadística evidencia las fallas que el sistema pensional enfrenta hoy en día, donde un porcentaje muy bajo recibe pensión y en la crisis que puede desembocar si no se reforma urgente el sistema pensional.

Figura Nro. 15

POBLACIÓN EN EDAD DE JUBILACIÓN QUE RECIBE PENSIÓN



SECCIÓN OCTAVA: RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES TENIENDO EN CUENTA LOS CONCEPTOS LEGALES, LOS DE EQUIDAD Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El Estado está en la obligación de buscar maneras, métodos y medios de hacer no solo fácil y rápida la obtención de la resolución, sino el pago de las mesadas a que tiene derecho el pensionado. Pero también, al Estado le cabe el razonamiento de la equidad que es el resultado de que todos los ciudadanos que acceden a esta gracia sean proporcionados en su labor desarrollada a través de los años en cuanto a la labor significativa del dinero que les va a corresponder. Esto es, hay un dicho que se da en la función pública trabajo igual salario igual, en Colombia la anterior expresión es francamente inocua puesto que los individuos que hacen verdadera patria son favorecidos con bajas rentas que ninguna se compadece con arduo de su tarea desarrollada a través de los años. Es válido mencionar los motivos que justificaron la reforma pensional en 1993 fueron y, si verdaderamente con 22 años dentro del ordenamiento jurídico ha funcionada y son principalmente:

(i) las distorsiones que existían entre el sistema y el envejecimiento de la población; (ii) el desequilibrio financiero, traducido en un significativo déficit del sistema; (iii) la baja cobertura; (iv) la inequidad; y (v) promover el ahorro nacional.²⁰²

Ahora bien la inequidad se ha presentado desde su diseño y la implementación del mismo, ha generado grandes brechas al momento de cotizar al sistema pensional, es urgente entrar en una reforma, cuando se avizora que poco a poco nos estamos enfrentando al colapso del sistema. Para que la verdad equidad exista y se refleje entre la población colombiana, someramente podemos hablar del foco de la inequidad que son los regímenes especiales por nombrar a los magistrados que son

²⁰² El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final 2012 Fedesarrollo. Bogotá D.C., pp. 45 y 46.

los que aplican justicia, son los que obtiene mesadas pensionales, no acorde con su aportes, los expresidentes cuatro en el cargo y salen a obtener pensiones desproporcionadas cuando en realidad ellos son los que menos necesitan una mesada pensional de tan alto valor. Porque los altos funcionarios del Estado, deben obtener pensiones que no están acorde a los años de servicio y si están afectando de forma directa al fisco del Estado donde se despoja mensualmente de grande cantidades para el pago de mesada de los funcionarios públicos, en cuanto a la otra cara de la moneda, un trabajador de la órbita común tiene que realizar aportes durante 25 años para obtener una pensión y que en algunos casos por faltarle un mínimo requisitos exigidos por la ley, puede llegar a quedar sin pensión.

La Sentencia C-258 del 2013, tumbó las llamadas “mega pensiones”, donde frenó de forma contundente las pensiones que se estaban entregando a excongresistas y exmagistrados amparados por la Ley 4ª de 1992 lo cual les permitió recibir pensiones no acordes a lo cotizado, es decir, desproporcionadas a comparaciones del todo el sistema pensional, en sala plena del alto tribunal constitucional ordenó que ninguna pensión en Colombia puede llegar a superar los 25 salarios mínimos mensuales y, los regímenes especiales que se mantiene son, el del Presidente de la República y los de las Fuerzas Armadas.

La amplia inequidad que surge de los regímenes especiales, que en ninguna forma ha ayudado a consolidar las riendas de un “Sistema de Seguridad Social Integral” y que hoy siguen vigentes tales como en los siguientes grupos:

(i)Regímenes especiales de los Congresistas, Magistrados de las Altas Cortes, funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público; pero solamente respecto de quienes estén en el régimen de transición y

el régimen de prima media. (ii) Regímenes especiales de las superintendencias, de la Contraloría, de la Registraduría, de la Orquesta Sinfónica, de la Liga Antituberculosa, de la Imprenta Nacional, de los embajadores y carrera diplomática. Son escasas las personas cobijadas por estos regímenes y sujetos al régimen de transición, luego no todos quienes laboran en las mencionadas instituciones quedan cobijados por el régimen especial. (iii) Otros regímenes especiales basados especialmente en convenciones colectivas: Telecom, Adpostal, Inravisión, Banco de la República, Instituto de Seguros Sociales, Alcalis, Ferrocarriles, Corfitransporte, Corporación Nacional de Turismo, Caja Agraria, Foncolpuertos, IFI, Concesión Salinas.²⁰³

La alta carga prestacional que generan los régimen especiales en Colombia, han desangrado las arcas del Estado, donde una buena parte de la población es la que a través de los rubros en impuestos hace que los regímenes especiales se mantengan, esto es, beneficios para pocos y dificultades para muchos, donde en algunos casos la población que durante su vida laboral cotizan y por diferentes motivos que la ley impone no puede obtener una mesada pensional, pero en contravía y nada equitativo con los regímenes especiales que seguramente los que están en él, tienen menos trabas para obtener una mesada pensional.

²⁰³ Economía Colombiana 338. Contraloría General de la Republica. 2013, p. 28.

SECCIÓN NOVENA: PROGRAMAS COLOMBIA MAYOR Y BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS

MODELO DE PENSIONES PRIVADAS

El Estado en búsqueda de cumplir los postulados plasmados en la Carta Política de 1991 y garantizando la asistencia a la seguridad social, crea el Programa Colombia Mayor y Beneficios Económicos Periódicos, el primero, conformado por el Programa de Protección Social al Adulto Mayor (PPSAM) y el Programa Nacional de Alimentación al Adulto Mayor (PNAAM), se basa en un esquema asistencialista para proveer un ingreso mínimo a los adultos en Estado vulnerable. Los BEPS, buscan favorecer a los siete millones de colombianos que por diferentes circunstancias no tiene la capacidad de cotizar y obtener una pensión para su vejez, o en su defecto cotizaron y cumplieron la edad que la ley exige y no lograron obtener la mesada pensión, como en los dos regímenes vigentes, *prima media* y *ahorro individual* – sin olvidar que este sistema de ahorro no es una pensión, es un servicio social – y este es administrado según la Ley 1151 de 2007 por Colpensiones. Este nuevo modelo de ahorro es dirigido a las personas de escasos recursos, inscritos en los niveles del sisben I, II y III, que permite ahorrar la cantidad de dinero que el afiliado puede y tenga la capacidad de hacer. El programa es atractivo y de inclusión a las personas menos favorecidas, aunque sigue siendo limitado según las estadísticas:

El programa Adulto Mayor ha beneficiado cerca de 900 mil de los 2,2 millones de personas que constituyen la población objetivo, pero los recursos que se otorgan a cada beneficiario son sólo del orden de \$70.000 mensuales. Los BEPS se otorga un subsidio de 20% al ahorro hecho por cada individuo que no alcance a obtener una pensión, subsidio que probablemente es insuficiente para estimular más ahorros y para

mejorar de manera significativa la equidad del sistema pensional en Colombia²⁰⁴.

Según Fedesarrollo el 20% que hoy entrega el Gobierno Nacional para subsidiar y fomentar el ahorro con el programa BEPS, no es suficiente:

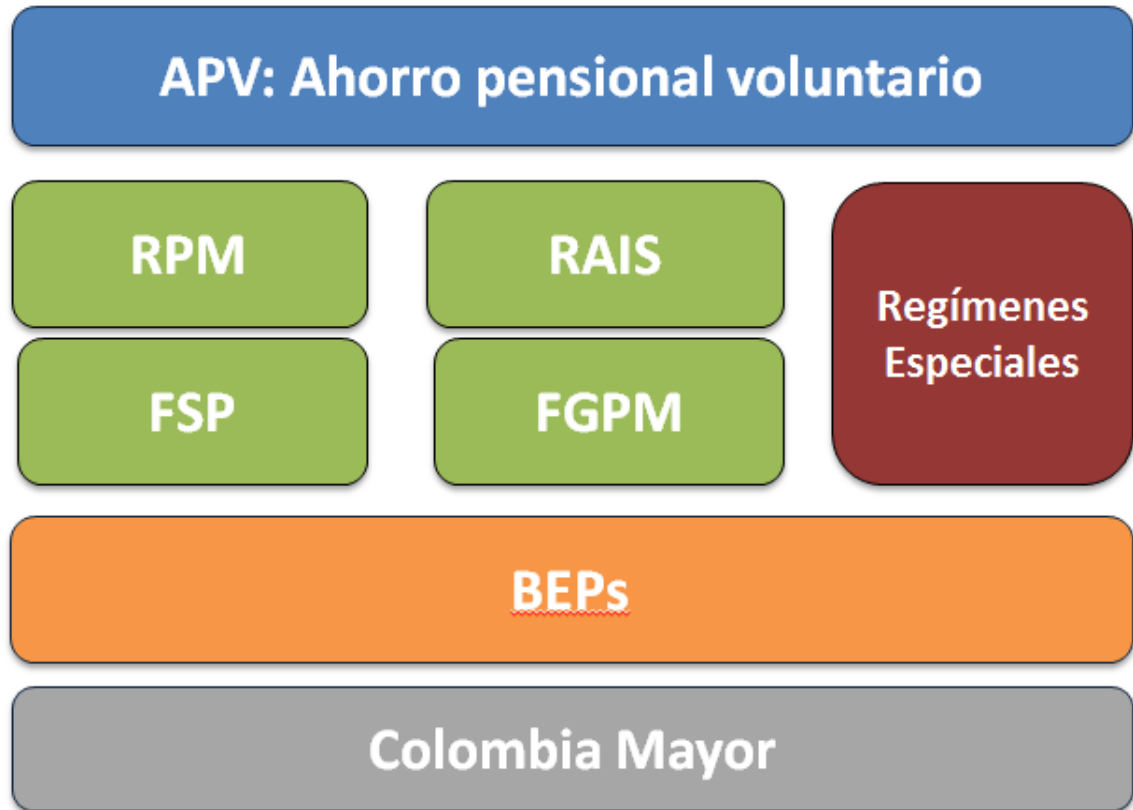
Ha sugerido aumentar ese porcentaje al 50%, considerando el impacto que puede tener para todos aquellos cotizantes que no alcanzan actualmente a recibir una pensión y se ven enfrentados a la devolución de los saldos cotizados, quedando el resto de sus vidas sin protección económica²⁰⁵.

A través de los Programas Colombia Mayor y Beneficios Económicos Periódicos, se va reduciendo la línea de pobreza, siendo un programa que estimula el ahorro, en un país donde el hábito de atesorar es nulo. Son esfuerzo que bilateralmente deben ser compartidos entre el Estado y los beneficiarios, donde se busca eliminar las barreras que la inequidad, han forjado durante años, donde hoy la lucha por la sobrevivencia es el afán de cada día de los colombianos, tal vez, el programa evidentemente no eliminara la inequidad, pero es un paso para crear programas para el bienestar de los coasociados en un Estado Social de Derecho. Finalmente, cada uno tendrá un beneficio de forma directa o indirectamente, los beneficiarios tendrán una mediana calidad de vida en épocas posteriores y el Estado tendría reducciones en el fisco considerables hasta el 0,1% del PIB; aunque el gobierno debe hacer una inversión grande para la cobertura social en pensiones no contributivas y que esta llegue realmente a la población más pobre del país. Este programa es administrado según la Ley 1151 del 2.007 por Colpensiones.

²⁰⁴ VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio – Fedesarrollo Cuadernillo 52.

²⁰⁵ VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio – Fedesarrollo Cuadernillo 52.

Figura Nro. 16: Resumen de la actual configuración del sistema de protección a la vejez en Colombia



Fuente: BOSCH, Mariano, y BERSTEIN, Solange. CASTELLANI, Francesca. OLIVERI, María Laura. VILLA, Juan Miguel. Diagnóstico del Sistema Previsional Colombiano y Opciones de Reforma. Unidad de Mercados Laborales y Seguridad Social. NOTA TÉCNICA N° 825.

Cabe anotar y sustraer como este mismo programa Beps se está desarrollando en Ecuador de la siguiente forma:

Ecuador cuenta con la misma cobertura de Colombia en términos de pensiones contributivas (21,9% para 2010), y tendría teóricamente los mismos costos marginales que Colombia a la hora de incrementar la cobertura. En este país, gastar 0,3% del PIB en pensiones no

contributivas incrementa la cobertura en cerca de 35 puntos porcentuales, desde 21,9% a 56,9%²⁰⁶.

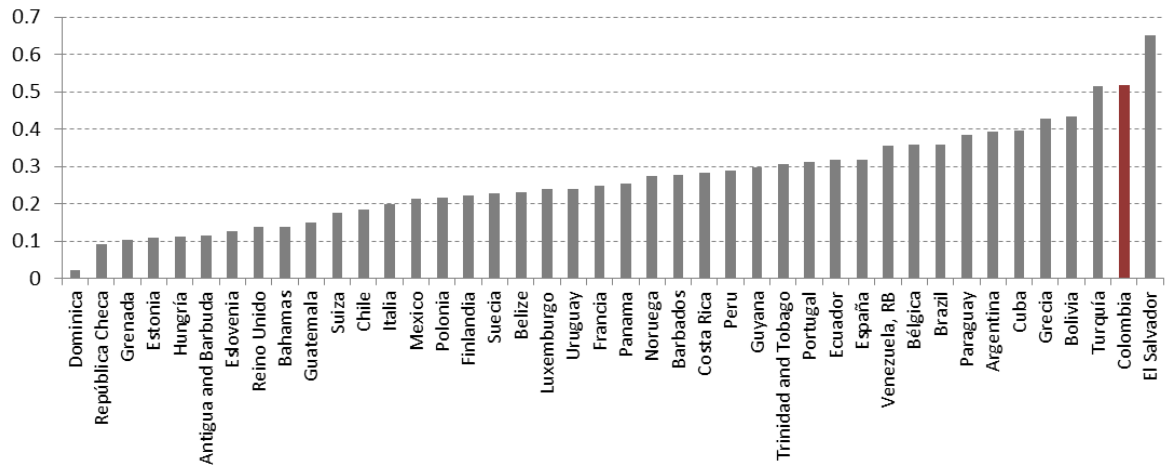
Características importantes del Modelo de Beneficios Económicos Periódicos:

- Es un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario, es un ahorro voluntario que puede ser flexible (con un mínimo y máximo), variable y esporádico. El beneficio es la sumatoria de un ahorro y un subsidio monetario para mejorar condiciones de vida de adultos mayores, para personas que tengan ingresos inferiores a un salario mínimo mensual. SISBEN 1, 2 y 3, para los del Sisbén 1 y 2 podrán contar con ingreso superior al ofrecido en el PPSAM que actualmente está en \$ 62.500, las del nivel 3 del Sisbén tendrán incentivo proporcional al ahorro, la ley 1328; el valor de los incentivos más el subsidio no puede ser superior al 50% de la totalidad de los recursos acumulados, se dirige a personas que laboran períodos inferiores a un mes, para independientes informales, tiene incentivos para cultivar fidelidad y cultura de ahorro a largo plazo y tope anual de ahorro para 2015 \$885.000²⁰⁷.

²⁰⁶ VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio – Fedesarrollo Cuadernillo 52.

²⁰⁷ Economía Colombiana 338. Contraloría General de la Republica. 2013, pág. 95.

Figura Nro.17: Pensiones mínimas en América Latina y la OECD, Relativas al PIB per cápita



Fuente: Elaboración propia en base a “Social security programs throughout the world”, SSA (2013) y World Economic Outlook, IMF.

CONSIDERACIONES FINALES

LOS DERECHOS DEL PENSIONADO POR VEJEZ COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Para el análisis de la teoría constitucional que, relativa a los derechos del Pensionado por Vejez, que establece para Colombia el marco jurídico, se estudian en este apartado, primero las normas y jurisprudencia de carácter interno sobre el tema y luego, otras que desde la misma Constitución garantizan la validez y obligatoriedad de la legislación internacional vigente emanada de las diferentes entidades supranacionales con ámbito de competencia sobre Colombia, enfatizando que, pese a la obligatoriedad de incorporar estas normas al derecho interno por la importancia que representan para la convivencia de los pueblos, las mismas pueden regir incluso sin que los Estados -y para el caso de estudio el colombiano-, las hayan incorporado a su normativa interna pues *“El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo”*²⁰⁸.

PENSIÓN DE VEJEZ COMO DERECHO IRRENUNCIABLE/ IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS LABORALES MÍNIMOS

{...} Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en

²⁰⁸ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-574 del 28 de octubre de 1.992, M.P. Dr. CIRO ANGARITA BARON.

irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en Estado de necesidad pueda verse forzado a hacer...

Al aplicar este criterio general sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales mínimos al caso específico de la pensión de vejez, la jurisprudencia de la Corte ha partido de la premisa según la cual la pensión está ligada inescindiblemente a las protecciones constitucionales del derecho al trabajo. Al respecto, se ha afirmado que:

El derecho a la pensión de jubilación o de vejez, como una rama de la seguridad social, no puede concebirse desunido del derecho al trabajo. La Seguridad Social que se reclama mediante el reconocimiento de la pensión de vejez, no puede verse como algo independiente o desligado a la protección al trabajo el cual es garantizado de manera especial en la Constitución, por considerar que es un principio fundante del Estado social de derecho que ella organiza. Como el derecho controvertido nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales se condicionó su nacimiento, es necesariamente derivación del derecho al trabajo.

Situación que bien advierte la Corte Constitucional al recordar la declaración universal de los derechos humanos, señalando que no se trata de laborar de cualquier forma, es decir que no pueden haber puestos basura que hoy llama la OIT sino verdaderos puestos donde el trabajador logre cotizar a un sistema de seguridad social para que le dé un adecuado reconocimiento de dignidad como trabajador, este sería un verdadero orden social justo y es aquí donde aparece el Estado Social de Derecho para servirle a la comunidad con una verdadera calidad en el trabajo.

Una vez determinado ese vínculo entre pensión y derecho al trabajo, la Corte reiteradamente ha concluido que la irrenunciabilidad de la pensión “significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente” que tal atributo se predica de “todos los elementos integrantes del derecho a la seguridad social”; y que, por ende, el derecho a la pensión no es susceptible de transacción o de renuncia por la vía de la conciliación.

A esta pacífica y reiterada posición jurisprudencial valdría la pena además agregar que tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa irrenunciabilidad de la pensión de vejez, y más precisamente de las figuras alternas de la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional explícito (inciso séptimo del artículo 48 C.P.). De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen...

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, que después de la Constitución de 1991 no admite excepciones, tiene entonces una doble connotación: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural. Por otro lado, la irrenunciabilidad de la pensión garantiza el cumplimiento de los deberes de los afiliados al sistema de seguridad social, y pone de presente el aspecto solidario y mancomunado de los subsistemas pensionales que lo integran²⁰⁹.

Será necesario suponer que la promoción de un piso de protección social se considera para asignar la protección del modelo clásico; un instrumento internacional contiene los elementos constitutivos de un piso básico de protección social, el Pacto mundial de empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009. A través, en concordancia con los mecanismos de seguridad social ya existentes, a su vez, necesitados de una evaluación de sus estrategias de cobertura, hay que agregar que la exclusión, de iure o de facto, de clases de trabajadores de la seguridad social estatal clásica, de tipo contributiva, basada en el seguro social, se debe considerar en la creación.

²⁰⁹Conferencia Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-023 del 27 de enero de 1.994, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Así, la OIT ha hecho el recorrido hacia la proposición de un piso social como solución al problema de la extensión, es decir, la cobertura universal prevista en las normas internacionales de los años cincuenta. Durante la Sesión de 2003, se lanzan dos iniciativas: una para promover la extensión de la cobertura de la seguridad social, y la otra, la cobertura para todos. Es aquí, donde desarrollo el primer argumento que puede hacer que un sistema de pensiones sea más acorde a los *principios de seguridad social*; y es la inmediatez en la cobertura.

La OIT ha expuesto que el mayor reto que afronta la seguridad social es la extensión de la cobertura y, a ese efecto, la Conferencia Internacional del Trabajo acordó intensificar las iniciativas para extender la cobertura a quienes la necesiten. La función prioritaria del Estado es facilitar, promover y extender la cobertura de la seguridad social, en cumplimiento de los principios convencionales de la seguridad social, que surgen de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, así como de sus publicaciones, al igual que de otros organismos como la AISS, la CISS y la OISS, encontramos el Trato Uniforme, para corregir la desigualdad en el trato al mantener excluidos a regímenes, con subvenciones fiscales superiores a las del sistema general.

En el *sistema jurídico colombiano*, existen por lo menos dos casos “que se acercan al modelo formulativo que poseen los pronunciamientos de la OIT: Las leyes cuadro y las disposiciones constitucionales”.

Por lo tanto:

a. Queda claro que la 'textura abierta' de la normatividad, incluyendo en ella los convenios ratificados, no es impedimento, en gran parte de los casos, para la aplicación directa de ella (...), porque en principio las leyes deben entenderse como auto-aplicativas y sólo excepcionalmente como programáticas, es decir, inaplicables por necesidad de reglamentación.

{...}d. Las Leyes Aprobatorias de Tratados o Convenios Internacionales comparten la característica de generalidad a lo cual las leyes marco se hacen acreedoras. En este sentido, la potestad reglamentaria estaría en cabeza del presidente de la República, conforme al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, cuando la normatividad allí transcrita tenga carácter programático. Sin embargo, esta afirmación no puede ser confundida con la pérdida total de la competencia legislativa, ya que las leyes aprobatorias no se incluyen en los temas pertenecientes a las leyes cuadro y su carácter especial al referirse a derechos laborales no puede ser entregado sin restricción al Jefe de Estado. Será, entonces, una legislación compartida en el sentido que el Primer Mandatario tiene la facultad de desarrollar la ley que ratifica los pronunciamientos internacionales, pero que el órgano legislativo, el Congreso, en cualquier momento podrá modificar la aplicación de dicha normatividad por medio de leyes interpretativas, a las cuales tendrán que supeditarse los decretos reglamentarios...

En la Sentencia C-225 de 1.995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se realizó el examen de Constitucionalidad de la Ley 171 de 1.994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1.949. La Sentencia se ocupó de definir en qué consistía el mandato del artículo 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción. La cuestión era, entonces, “¿cómo armonizar (...) el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los Convenios de Derechos Humanos, con el artículo 4º [de la Constitución] que establece la supremacía no de los Tratados sino de la Constitución?

Para ello se requirió a la noción del bloque de constitucionalidad²¹⁰, originaria del Derecho Francés, que señala:

²¹⁰Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2.005, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de Constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor Constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel Constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma, diversos al de las normas del articulado Constitucional *stricto sensu*.²¹¹

De modo específico en materia de pensiones, llama la atención es la afirmación de que el Derecho de la seguridad social requiere de un previo desarrollo legislativo, en el que el legislador parece gozar de total autonomía, lo que implica hacer viable el derecho, más no su desconocimiento, pues sólo se afecta el derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 constitucional, si se afecta su núcleo esencial, es sólo desde el régimen legal que puede concretarse el Estado Social de Derecho, por lo menos en lo atinente a seguridad social²¹².

De manera concluyente se debe señalar que (...) los tratados internacionales ratificados por Colombia de carácter laboral pertenecen a un aparte integrante del orden jurídico interno, igualmente no dejan de tener una aplicabilidad por parte del juez, de manera supletiva, a manera de cubrir el vacío de la ley en caso de no existir norma exacta aplicable en un caso concreto. Esto sin dejar de tener en cuenta que el Código Sustantivo del Trabajo impide la aplicación de normas vigentes del trabajo en desmedro del trabajador (principio de favorabilidad –inciso 2, art. 53 de la C.P. y artículo 29 C.S.T.).

²¹¹“Concepto surgido en el derecho francés, bloque de superlegalidad, que da la noción de una unidad, interrelación y solidez; un conjunto normativo que no puede ser escindido ni dividido. Designa el conjunto de normas jurídicas (principios y reglas) de rango Constitucional, cuyo respeto se le impone al legislador. Su contenido por lo general se entiende conformado por: Elementos esenciales; los textos de la Constitución y su preámbulo, y elementos marginales, como; los principios fundamentales reconocidos por la Jurisprudencia Constitucional, las Leyes y por otras normas de simple referencia”.

²¹² VALERO RODRÍGUEZ, Jorge Humberto. DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO LABORAL. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá D.C. Primera edición, Marzo de 2012, pp. 87-97, y ss.

En uno de los apartes del artículo 53 superior se establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, con lo cual se consagran los principios de favorabilidad laboral propiamente e *in dubio pro operario*; que en su aplicación no está limitado a la *protección de derechos individuales* y, en general, se dirige al amparo frente a la producción legislativa que intente menoscabar los derechos de los trabajadores, derechos sociales, o situaciones legalmente reconocidas por ley anterior en beneficio de los trabajadores. Constituye un principio de carácter exclusivamente laboral, de tal forma que, por su especialidad, tiene aplicación preferente con respecto a otros principios en la resolución de controversias relacionadas con el Derecho del trabajo.

LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT Y LA PROTECCIÓN A LA PENSIÓN DE VEJEZ

La creciente mundialización de las relaciones económicas, la migración de los trabajadores, la actuación de las empresas transnacionales, la creación de los mercados comunes y de organismos regionales son sólo algunos de los factores que han acentuado la tendencia a la *internacionalización de la seguridad social*. Esta ha acelerado el surgimiento de un *derecho a la seguridad social internacional*, destinado a dar solución a los conflictos de leyes en materia de seguridad social, mediante principios y normas formales, que identifican la legislación aplicable y la jurisdicción competente y un Derecho Internacional de la Seguridad Social, constituido por normas sustantivas aprobadas por instrumentos internacionales, especialmente Convenios de la OIT, y tratados bilaterales o multilaterales de seguridad social²¹³.

Los instrumentos internacionales de seguridad social pueden ser de carácter declarativo de principios, como el Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo (28-06-1952), apuntan a la formación progresiva de un derecho de la seguridad social aplicable a nivel mundial: explica que hay una relación automática entre las pensiones y los salarios, que aunque no ha sido aprobado por Colombia, no admite duda por el artículo 53 de la Constitución, que ubica dentro del Estatuto del trabajo, la garantía de la seguridad social y el *derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales*. Se hace referencia a instrumentos jurídicos de la OIT porque, aunque no se hayan aprobado convenios sobre seguridad social, de manera directa, existe conexión con otros Convenios, el 100 y el 101, que si fueron ratificados por Colombia e integran el “bloque de constitucionalidad”.

²¹³ URIARTE, Ermida. La seguridad social en el Uruguay. PLÁ RODRÍGUEZ y otros (Eds.). 51 p.

La OIT ha acudido en defensa de los pensionados no sólo en las Convenciones, sino en las Recomendaciones, los principios fundamentales de la OIT deben ser respetados por todos los países, la Constitución de la OIT obliga a Colombia por ser un país firmante, dentro de la Constitución de la OIT aparece la protección a la pensión de vejez, el Convenio 111 (que sí fue ratificado por Colombia) impide la discriminación y la Recomendación 167 aunque no es ratificada, sí fue firmada por el Estado, como es lo requerido para que una recomendación sea tenida en cuenta; se refiere a la *conservación de los derechos en materia de seguridad social*. Es así que, Colombia como miembro activo de la OIT que es, está en la obligación de promover la política de este organismo.

'La Constitución indica que las relaciones internacionales de Colombia se regirán por los principios del derecho internacional (C.P., artículo 9º)'. Los tratados internacionales deben cumplirse en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de buena fe, aprobada por la Ley 32 de 1985. La interpretación de los mismos ha de hacerse tomando como referencia las fuentes de Derecho Internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

A su vez el Informe III, Parte 4B) Sesión de la Conferencia 76, señala que se reconoce como uno de los objetivos fundamentales de la *protección social*, la necesidad de proporcionar protección a las personas de edad avanzada, garantizándoles unos ingresos de base. El Estado tiene deberes a fin de amparar derechos constitucionales como el de la seguridad social, establecido en el artículo 48 de la Carta. Esto implica para las personas que se hallan amparadas por situaciones jurídicas concretas que no pueden ser menoscabados sus derechos. Si se afectan esos derechos, también se afectan derechos adquiridos son lo intangible e inmodificable.

PROPUESTA

FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA PENSIONAL DE VEJEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La sociedad colombiana, con la influencia de la *ideología neoliberal* viene creando su propio modelo de adulto mayor. En la Ley 1315 de 2009 (que dignifica la estadía de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención), en su artículo 2º señala: *Adulto mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta años de edad o más*". Como pilar del Estado contemporáneo, la Pensión (de vejez), que es un derecho adquirido y subjetivo²¹⁴, íntimamente ligado al concepto de adulto mayor, la jurisprudencia constitucional, define la principal de las pensiones es la de *vejez* como un *salario diferido del trabajador, fruto de sus ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, por lo tanto, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador*. Anteriormente no había lenguaje uniforme en cuanto a vejez y jubilación, la palabra jubilación se predicaba de los empleados oficiales y de las pensiones pagadas directamente por los empleadores o por cajas especiales, y que, a partir de 1967, cuando el I.S.S. empezó a asumir el reconocimiento se trataba de pensión por vejez (Acuerdo 029 del ISS, aprobado por el Decreto 2879 de 1985). El Decreto 3135 de 1968 habla específicamente de *jubilación o vejez*; es decir, son términos equivalentes (así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional y los tribunales administrativos), es el Decreto 1848 de 1969 el que viene a establecer la de *vejez* como retiro del servicio por edad de retiro forzoso sin tener los requisitos de los veinte (20) años del servicio,

²¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-177-1.998, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias de abril 28 de 1.958, y abril 20 de 1968.

y la Ley 100 de 1993 habla de *vejez*, esto fue analizado en la Sentencia C-1255 de 2001, que entre otros razonamientos contiene lo siguiente:

23- Esta breve reseña muestra que la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 tendía a reservar el término 'pensión de vejez' a aquellas que fueran reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados, a partir de su entrada en vigor, la contingencia de vejez sería cubierta con una pensión que en todos los casos se llamaría 'de vejez', sin importar si se trata de trabajadores privados o de servidores públicos. En efecto, los artículos 33 y subsiguientes de esa ley establecen el régimen de la nueva pensión de vejez, (...). Las dudas surgidas a este respecto se precisan dentro del principio de favorabilidad, el Régimen de Transición y el principio de la realidad. “Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas²¹⁵.”

En un *Estado Social de Derecho*, en su dimensión cuantitativa, el *Estado bienestar*, la Seguridad Social basada en el principio de la universalidad, la integralidad es inseparable de las políticas de inclusión; “...es una concepción que parte de una visión del conjunto de las necesidades de las personas, en el que se complementan medidas de protección activa y medidas de protección pasiva; instrumentos de

²¹⁵ Al respecto ver las Sentencias de la Corte Constitucional números C-616 de 2.001, M.P. Dr. RODRÍGO ESCOBAR GIL. C-130 de 2.002, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. C-791 de 2.002, M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, y SU-623 de 2.001, M.P. Dr. RODRÍGO ESCOBAR GIL.

protección económica, de prevención, de rehabilitación, de integración laboral y social”²¹⁶.

Como propuesta dentro de la constitución de un Estado Social de Derecho como el colombiano se puede señalar, que para garantizar el fortalecimiento del sistema pensional se deben establecer los siguientes postulados:

- 1- El reconocimiento al derecho que tiene un ser humano para subsistir, reconociéndose a través de políticas públicas el derecho de unos ingresos mínimos garantizados que le permitan cotizar a un sistema cualquiera que el fuese pero que le garantice una pensión de vejez al momento de llegar a la misma, por lo menos de un salario mínimo, con una mayor cobertura que la actual.
- 2- Permitir que desde temprana edad los ciudadanos puedan comenzar a ahorrar a un régimen cualquiera que sea de tal forma que cuando ya se normalice su vinculación laboral en el futuro, este ciudadano haya podido ya acrecentar un capital que le permita sumar al que va posteriormente a edificar.
- 3- El derecho que debe tener todo ser humano a la igualdad de oportunidades, es decir sin diferenciación alguna en el mundo laboral, la empleabilidad que pueda dar el Estado o el particular que le permitan superar el ser vulnerable, la dependencia y la discriminación.
- 4- El establecer programas por parte del Estado que protejan al adulto mayor, pero con un reconocimiento económico, igual a un salario mínimo, de tal

²¹⁶Maravall, H. Maestría de la O.I.S.S. Tema 12, Universidad de Alcalá de Henares.

forma que ese valor revierta en las condiciones de vida del adulto mayor, por lo menos en alimentación, vestido , suma esta que igualmente debe ser verificada en su uso de tal forma que al ser bien aplicada con el objetivo que es menguar las necesidades al futuro, descendería el costo social que se tiene que asumir cuando con adulto mayor está totalmente desprotegido. Este auxilio así entendido se constituiría en un valor de pensión.

- 5- Que los distintos regímenes se complementen en lugar de competir entre sí lo que daría mayor efectividad al sistema como en un esquema multipilar que mejoraría la cobertura la equidad y la sostenibilidad fiscal.

CONCLUSIONES

Finalizada esta labor concerniente a la Pensión de Vejez del Estado Social de Derecho en Colombia y cómo su gobernabilidad puede aportar su refuerzo, seguidamente se exhiben las correspondientes conclusiones, inquiriendo que las mismas, siendo secuela de un diligente análisis jurídico-constitucional y político sobre el tema, instauren una aportación desde la academia, no sólo en lo que a un mejor conocimiento del problema se refiere, sino también –y sobre todo– en el planteamiento de soluciones que permitan a futuro hacer realidad para los colombianos el mandato de la Constitución Política.

La ley 100 busco reafirmar los principios del Estado Social de Derecho que llegaron con la carta política de 1991, pero los cuales llegaron con problemas de implementación en su diseño que con la entrada en vigencia de la citada ley arrastra problemas de cobertura y de inequidad que se traducen en que la pensión no cumple los principios de universalidad, es decir que se haga extensivo a un mayor grupo de personas en la sociedad y de igualdad por cuanto hay una inequidad en los dos regímenes pensionales, totalmente diferentes y excluyentes, situación que permite que en el régimen contributivo las pensiones altas o de mayores ingresos tengan que ser subsidiadas con mayores recursos del mismo régimen pero que son totalmente inequitativas con las pensiones de menores ingresos.

La ausencia de un cálculo actuarial futuro desde la implementación de la ley 100 de 1993 permitió que las cotizaciones bajas por 26 años, sean superadas por las que otras personas durante los últimos 10 años puedan obtener una pensión alta por el aumento de su Ingreso Base de Cotización, manifestándose de esta forma que el subsidio para las personas altas se hace en una suma de 962 millones de pesos cuando su pensión este sobre los 25 salarios mínimos legales y para las personas

que devengan como pensión un salario mínimo su subsidio tan solo es de 91 millones.

Igualmente en la cuenta de ahorro individual no siempre el capital ahorrado garantiza la obtención de una pensión por cuanto las sumas de dinero ahorradas deben de ser incrementadas en un valor constante que no pierdan el poder adquisitivo, lo cual no siempre quien ahorra en el fondo va a tener el 110% del salario mínimo legal mensual vigente requerido para otorgarse la pensión, el régimen de ahorro individual está construido sobre un sistema financiero de temas bursátiles de inversión de cotizaciones de los ahorradores muy lejos de responder a un derecho social como es la pensión, donde se ha establecido que en los 6 años anteriores, mas de 660.026 colombianos no han alcanzado a cumplir las condiciones para pensionarse y han tenido que acudir a recibir su dinero entre ellos 543.035 en Colpensiones y 116.991 en fondos privados , cantidad mayor que los pensionados .

Además para la realización integral del Estado social de derecho, se evidencia que no existe sensibilidad en las autoridades frente a la importancia del derecho a la pensión de vejez como un asunto prioritario por cuanto hay una ausencia en la contratación, de verdaderos contratos de trabajo; se acude al trabajo informal donde el empleador no cumple con los requisitos contractuales laborales, igualmente como no existe una política de inclusión laboral plena no se permite que haya un empleo estable, imperando la temporalidad, el trabajo ocasional hace que se vuelva imposible para el trabajador aportar un porcentaje de su salario para cotizar a una pensión, el país no puede continuar generando informalidad por un lado y cargarle impuestos a la generación de empleo formal otorgando supuestamente beneficios tributarios mientras que por el otro lado se subsidia el empleo informal. En este contexto y específicamente, las personas afiliadas al RPM, la regresividad de los subsidios que otorga, es el otro inconveniente en el sistema pensional colombiano.

Aunado a esto el desempleo ha hecho emigrar a muchas personas de fuerza laboral activa a la informalidad que cada vez aumenta más. El Estado no tiene una política pública de inclusión que asegure la formalización del empleo por cuanto el monto en las cotizaciones ha subido vertiginosamente.

La posibilidad de independencia laboral encaminada a la unidad de comercio familiar tan solo permite un nivel precario para atender las obligaciones económicas del momento para la supervivencia diaria, y que deja de lado los aportes al sistema pensional por la imposibilidad por el bajo ingreso.

La inequidad en el mercado laboral entre hombres y mujeres, donde la competitividad, ha hecho escalar que los hombres asciendan más rápido que las mujeres y que la remuneración realizada por una mujer es menor a la que recibe un hombre haciendo la misma actividad y se refleja cuando la trabajadora al culminar su vida laboral recibe una mesada pensional menor y que sale del mercado laboral cinco años antes que el hombre.

Los legisladores establecieron derechos pensionales en Colombia, irresponsablemente aplicando una aritmética desacertada, con la mitad de las cotizaciones se pagan pensiones superiores al 75 por ciento del salario, algo que ni siquiera una economía del caudal de la estadounidense resistiría, por lo que en el actual régimen de pensiones colombiano no es viable pagarlas durante más años. De ahí la urgencia de la reforma de la seguridad social.

No se tuvieron en cuenta que los requisitos expuestos en la exposición de motivos de la ley 100 no fueron plenamente advertidos y comprobados y menos calculados o proyectados a futuro, que, con el paso del tiempo y la variación y el porcentaje del Índice de Precios al Consumidor, era imposible llegar a satisfacer plenamente que

en el régimen de ahorro individual no se iban a otorgar las pensiones que se prometían

Ahora bien, la permanencia de amplias falencias en materia de cobertura y progresividad, como deficiencias substanciales del sistema pensional colombiano actual; no sólo de baja cobertura sino excesivamente inequitativo y oneroso.

La reforma constitucional propuesta en el año 2005 permitió arreglos al régimen de pensiones vigentes desde la ley 100 de 1993, reparando la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, motivo la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados, previno la práctica de creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras, al suprimir los beneficios convencionales, aun en consideraciones violatorias a tratados OIT, pero afecto a gran número de colombianos que perdieron su régimen de transición y que no les otorgo el derecho a obtener una pensión.

A mediano y largo plazo, existen dos factores que continúan afectando la sostenibilidad financiera del sistema: En primer lugar, se encuentran desalineados y no se adecúan a la actual distribución demográfica del país, los parámetros con los que se realizan los cálculos pensionales en el RPM. Por ejemplo, la principal disposición ha sido mediante mayores restricciones para pensionarse, con sus consecuentes efectos sobre la equidad y la cobertura, mientras la “expectativa de vida” de los colombianos, aumentó en la última década, y las edades de jubilación únicamente se ajustaron en 2 años.

En segundo lugar, las posibilidades de arbitraje que han generado en la última década, los traslados desde el RAIS hacia el RPM han sido mayores que los traslados del RPM al RAIS, lo cual deteriora la situación financiera de Colpensiones

en el largo plazo, pues incrementa los subsidios que el Estado tendrá que pagar a futuro, aunque alivie el flujo de caja en el corto plazo.

De igual forma, los ajustes paramétricos que se hicieron con la Ley 797 de 2003, que restringió los requisitos a los beneficiarios de los subsidios a las cotizaciones, hoy el *régimen* de *prima media* resulta imperiosamente costoso al no estar unido a las tendencias del mercado laboral y la inclusión del mismo. En el momento en que se armonice el Sistema de Seguridad Social y esté atado al movimiento laboral permitiendo que los planes de empleo vigentes se pueden vincular al modelo pensional, el sistema funciona, si esto no es así, se vuelve insostenible.

BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, Wolfgang. El Estado de Derecho Democrático y Social. En: El derecho fundamental de igualdad, escritos políticos. S. Mosqueda, (Coord.). Lima: Editorial Palestra, 2006.

ABRAMOVICH, Víctor. y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Finalidad Social del Estado y la Seguridad Social. Gaceta Constitucional No. 78, mayo 1991.

AVENDAÑO MURILLO, Germán Enrique. El derecho laboral como derecho humano. Revista Verba Iuris 32. (jul – dic, 2014).

CASTILLO, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. Universitas(112). 2006, 111-147. p.131. Recuperado el 1° de octubre de 2014, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281870>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Comentada. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. El sistema pensional colombiano: Muchas reformas pocas soluciones. Economía Colombiana N° 338. Bogotá, 2013.

CORTES NIETO, Johanna del Pilar y Otros. Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos. Editorial: Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2009.

DIAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus Ediciones, 1983.

DOEHRING, Karl. Teoría General del Estado: Una presentación sistemática. Heidelberg: 3, Neubearb Edición, CF Müller, 2004.

DUEÑAS RUIZ, Óscar J. Las Pensiones. Teoría, Normas y Jurisprudencia. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

DWORKIN y BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

ENGLISH, Brian. Poverty and the industrial revolution. Londres: Ediorial Hoder & Stoughton, 1971.

ETALA, Carlos Alberto. Derecho de la seguridad social. 3ª Ed. actualizada y ampliada. 1ª Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008.

Fedesarrollo. *Informe Mensual del Mercado Laboral*. El Sistema Pensional en Colombia. Bogotá. Enero 2016, pp. 6 y 7.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho, en Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GAMBOA JIMÉNEZ, Jorge. Código laboral sustantivo del trabajo, procedimiento laboral. Bogotá: Editorial Leyer, 2014.

GÓMEZ GÓMEZ, Ligio. *Los errores de la Ley 100 de 1993 en Pensiones del Sector Público*. Talleres de Litográficas Calidad Ltda. 1999, pp. 17 y ss.

GUADARRAMA SÁNCHEZ, Gloria. Entre la Caridad y el Derecho. Toluca: Guadarrama Eds. El Colegio Mexiquense, 2001.

HART, Herbert L. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1961.

HELLER, Hermann. El derecho Constitucional de la República de Weimar: Derechos y deberes fundamentales. El derecho fundamental de igualdad, escritos políticos. Lima: Editorial Palestra. MOSQUEDA, Susana (Coord.), 2006.

HELLER, Hermann. La soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Editorial: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HENAO HIDRÓN, Javier. Derecho Procesal Constitucional. 3ra Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010.

HUERTAS LARA, María del Rosario. Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo. En: Revista Letras Jurídicas. Universidad Veracruzana. (ene – jun, 2009).

MADRID, Malo. y MALO, Garizábal. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2005.

MANNSORI, Luca. y SORDI, Bernardo. El Estado Social de Derecho en la constitución. En: El derecho fundamental de igualdad. Lima, Perú: Mosqueda, Susana (Coord.). Ed. Palestra, 2006.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. En: Revista Tutela, 2000.

MADRIÑÁN RIVERA, Ramón E. El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

MISIÓN COLOMBIA ENVEJECE DE LA FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA. Cifras, realidades y retos de un país que envejece aceleradamente y necesita prepararse. Bogotá, 2015.

MUÑOZ SEGURA, Ana M. La Pensión como Premio o Derecho. Bogotá: Editorial Temis S.A. Ediciones UNIANDES. Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2011.

NUGENT, Ricardo. Estudio de derecho del trabajo y de la seguridad social: Capitulo 3 - La seguridad social: su historia y sus fuentes. Ed. 1. Lima: Universidad de San Martín de Porres – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2006.

PACHÓN LUCAS, Carlos. Diccionario de la Seguridad Social – Colombia. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009.

PAREJO ALONSO, Luciano. Constitución y valores del ordenamiento. En: Estudios sobre la Constitución Española. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

PORTERO, José Antonio. Conocimiento y realidad. Salamanca: Editorial San Esteban, 2004.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho de la seguridad social. Lima, Perú: Ediciones Tarpuy, 1992.

REY CANTOR, Ernesto. y RODRÍGUEZ RUÍZ, Carolina. Las Generaciones de los Derechos Humanos. Bogotá: Tercera edición. Universidad Libre, Cátedra Gerardo Molina, junio de 2005.

SANTA MARÍA, Mauricio. El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final. Bogotá: Fedesarrollo, 2012.

SEPÚLVEDA PINO, Hernán; Sepúlveda p, Ramón y SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, Carlos F. Diccionario enciclopédico usual de la constitución política de Colombia. Bogotá: Editorial Artes Ltda., 1999.

TARAZONA NAVAS, Julio A. El Estado Social de Derecho y la rama judicial. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002.

TORRES CORREDOR, Hernando. Sistema de Seguridad Social Pensiones. Volumen III. 2ª Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

URIARTE, Ermida. La seguridad social en el Uruguay. PLÁ RODRÍGUEZ y otros (Eds.).

VALERO RODRÍGUEZ, Jorge Humberto. DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO LABORAL. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá D.C. Primera edición, Marzo de 2012, pp. 87-97, y ss.

VÁSQUEZ FRUTO, Rocío. El derecho a la pensión como derecho fundamental. Revista Pensamiento Americano. No.4. Enero – Junio 2010, pp. 51, 59.

VILLAR, Leonardo y FORERO David. Perspectiva Fiscal 2014-2018 – Parte I Escenarios Alternativos y Necesidades de Recursos para el Cuatrenio – Fedesarrollo Cuadernillo 52., 2014.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-023 de 215. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1073 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-581 A – 2011. M.P. González Cuervo Mauricio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-911 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1056 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-534 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-517 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-818 de 2007. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-089 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126 de 1995. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-036 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-023 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-409 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-408 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-003 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992.M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 1992. M.P.s. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1082 de 22 de abril de 1998. C.P. Cesar Hoyos Salazar.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Fondo, del 1º de octubre de 1998. Sentencia de 20 de junio de 1.994, Exp. 7666.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Fondo, del 22 de octubre de 1999, expediente N° 2068 de 1998.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Fondo, del 4 de mayo del 2009. Concepto del Consejo de Estado Nro. 1468, del 14 de noviembre del 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 26 de 2009 de 2007. Radicado N° 31691. M.P. Luís Javier Osorio López.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencias de abril 28 de 1958, y abril 20 de 1968.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de noviembre 23 de 1984.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Fondo, de mayo 21 de 1988.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia 18 de agosto de 1992.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Fondo, de marzo 3 de 1994. Exp. 6289.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Fondo, de Agosto 24 de 1.995. Exp. 7406.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Agosto 5 de 1.996. Exp. 8616.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Febrero 4 de 1.998. Exp.1026.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia radicado Nro. 31691(26-09-2.007). 474758152M.P. Luís Javier Osorio López.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia agosto 26 de 1997. Exp. 24221.

NORMATIVIDAD

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2005. En: Diario Oficial N° 45980 de julio 25 de 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 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”. En: Diario Oficial N° 45.079 del 29 de enero de 2003.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1158 de 1994. “Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto 691 de 1994”. En: Diario Oficial N° 41.83, del 8 de junio de 1994.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea e sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social”. Gaceta del Congreso.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 de 1968. “Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. En: Diario Oficial N° 32.682 de 30 de diciembre de 1968.

Congreso de la República. Ley 71 de 1988. “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1998.

PÁGINAS WEB

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Una visión comparativa del régimen de seguridad social. En:Revista Nueva Serie N° 88. (ene – abr, 1997). Universidad Nacional Autónoma de México. Extraíble en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/88/art/art1.htm#N5>

CLAVIJO, Sergio y otros. Costos no salariales en Colombia pos-Ley 1607 de 2012. ANIF, 2015. Extraíble en:
<http://anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-ACOPI-Sobrecostos%5B2%5D.pdf>

DANE - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Medición del empleo informal y seguridad social. Bogotá, 2015. Extraíble en:
http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/comunicados_de_prensa/Cp_GEI_may_jul_2015.pdf

DICCIONARIO. Definición de inclusión. Disponible en:
<http://www.definicion.mx/inclusion/>

NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y su protocolo facultativo. Adoptada y abierta a la firma ratificada y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Disponible en:
http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/convencion_tortura.pdf

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en:
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional de Trabajo. Disponible en:
<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). Disponible en:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247