

## PENSIONES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3

### El largo viaje de lo evidente

A diferencia de la mayoría de los países de la región, Colombia no ha dejado su empeño por profundizar en la implementación del modelo neoliberal tras la crisis que sacudió a Wall Street en septiembre de 2007<sup>176</sup>. Antes bien, el país ha servido de laboratorio para la implementación continuada —entre otras cosas, en pensiones— de las típicas recetas del FMI que ya han demostrado una ineficacia casi total, como en la crisis argentina de 2001 y la actual crisis europea. A este respecto, la Cepal (2006) ha denunciado varias de las consecuencias regresivas propiciadas por las reformas pensionales en América Latina. En efecto:

Los datos recientes permiten concluir que, contrariamente a lo que se anticipaba, la incorporación de componentes de capitalización no se tradujo en mayores niveles de participación contributiva. Este fenómeno responde a la baja capacidad de ahorro a largo plazo de segmentos importantes de la población. En ausencia de reformas

.....  
176 La crisis hipotecaria infectó con rapidez los mercados bursátiles mundiales, al inundar el sistema financiero con “activos tóxicos” sin respaldo alguno, clara consecuencia del proceso desregulatorio que puso en evidencia la falacia de “laissez faire laissez passe” del neoliberalismo. “[...] la crisis mostró la incapacidad del mercado para regular el sistema en el escenario de un descontrolado activismo económico al servicio de los ricos y poderosos en un marco especulativo y despilfarrador del aparato financiero, epicentro de la crisis por sus prácticas neoliberales perversas tales como la máxima ‘privatizar las utilidades y socializar las pérdidas’. No debemos extrañarnos que la crisis económica guarde estrecha relación con la unipolaridad, que le permitió al modelo la extravagancia, el despilfarro y desmedido afán de obtener rentabilidad a corto plazo que terminó generando el fenómeno de la quiebra inmobiliaria, financiera y crediticia a la primera potencia del mundo” (Alvis Fernández, 2009, pp. 27-28).

que fortalezcan los componentes no contributivos de los sistemas previsionales, los grupos más desprotegidos (y especialmente las mujeres) se mantendrán al margen de los sistemas contributivos o recibirán pensiones de mala calidad debido a la frecuencia relativamente baja de sus aportes y, en el caso de los quintiles más pobres, a la tendencia a postergar estos aportes hasta etapas avanzadas de la vida laboral. A pesar de la mayor correlación entre aportes y beneficios, no se observan en los países con reformas estructurales aumentos significativos o sistemáticos de las tasas de cobertura previsional, sino que más bien se percibe una tendencia a su estancamiento. De hecho, en la mitad de los casos, la reforma fue seguida de una baja de este indicador [...]. Además de resultar ineficaz la adopción de modelos de cuentas individuales de capitalización eliminó parte importante de la solidaridad inherente a los sistemas de reparto y tendió a reproducir las inequidades de la vida laboral, transformándolas en inequidades previsionales. Para remediar esta situación se incorporaron programas de pensiones mínimas garantizadas o subsidios a los aportes previsionales, que no han logrado llegar a la población con menor capacidad contributiva. Tanto en Argentina como en Chile, la densidad media de los afiliados es cercana al 50 %, cifra muy inferior a las proyectadas por los creadores de los sistemas de capitalización individual [...]. La incorporación del sector privado mediante empresas competitivas de administración de fondos debía, en principio, llevar a un manejo rentable y seguro de los fondos de ahorro y a una reducción paulatina de los costos administrativos. Sin embargo, en América Latina la competencia entre administradoras no se ha dado en las variables más relevantes (precio y rentabilidad ajustada por riesgo), se ha observado una creciente concentración de la actividad y las mejoras en términos de eficiencia no se han traspasado a los usuarios. La ausencia de competencia real en precio y rentabilidad se origina en factores propios de la oferta y demanda de servicios de administración de fondos previsionales [...]. La combinación de economías de escala en la prestación del servicio con una demanda notablemente inelástica a las variables de precio o rentabilidad ha llevado a una paulatina concentración de la actividad en todos los países en los que se han introducido este tipo de reformas [...]. Es posible que la búsqueda de mayores utilidades incentive la reducción de costos de producción y el aprovechamiento de las economías de escala, pero en presencia de cierto poder de mercado y de barreras a la entrada, las mejoras en materia de eficiencia no se trasladan necesariamente a los afiliados al sistema en la forma de menores comisiones o mejores pensiones (pp. 130-138).

Mientras Argentina, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Brasil han revertido muchas de las medidas sobre seguridad social prefiguradas en pleno auge de la ideología neoliberal, Colombia ha persistido en el sueño de la financiarización

•Pensiones y negociación colectiva.

de todos los aspectos de la vida nacional<sup>177</sup>. Muestra de ello es la reciente promulgación de la Ley 734 de 2011 (Regla fiscal) y del Acto Legislativo 03 del mismo año (Principio de estabilidad fiscal) que actúan en conjunción y elevan a rango constitucional la doctrina económica neoclásica<sup>178</sup>. Las decisiones del

.....  
177 Frente a la crisis hipotecaria estadounidense, “en los últimos meses, miles de analistas en todo el mundo han dedicado la mayor parte de su tiempo a explicar las causas de la crisis financiera internacional y a proponer fórmulas mágicas para enfrentarla. Sin embargo, la mayoría se centra en dos explicaciones principales: por un lado, que la culpa es de unos banqueros ‘sinvergüenzas’ que escondieron la información adecuada e hicieron creer falsamente a los inversionistas que los valores, que tenían en acciones o en bonos, eran altísimos, cuando en realidad se trataba de ‘títulos basura’ sin el respaldo suficiente. De otra parte, expertos como el nobel de Economía 2001, Joseph Stiglitz, insisten en que las políticas fallaron y que hubo mucha desregulación, lo que debilitó los controles al sistema financiero, de tal manera que con el escaso control no pudieron alertar a tiempo que las entidades estaban malsanas, y continuaban captando recursos privados y públicos a un hueco sin fondo. La falta de regulación y la ola de privatizaciones a ultranza, principalmente en la década de 1990, llevaron a dejar en manos de las empresas privadas una gran cantidad de funciones y de procedimientos del Estado sin control del mismo. Es decir, que el exceso de privatización y de desregulación llevaron al debilitamiento del Estado [...]. Hasta hace pocos meses se registró un exceso de moneda respecto de los bienes reales; se disparó el precio del petróleo; el valor de las casas se triplicó; se encarecieron los precios de los alimentos, los metales y demás materias. Sin embargo, luego de los excesos de moneda y de valor, hoy se registra una depreciación general de los valores, del capital y de los activos. Es la más grande estafa que se le ha hecho al mundo entero, ya que el valor de esas acciones era la succión que se capturó de muchos fondos de pensiones; de ahorros de ciudades, pueblos y departamentos; de grupos económicos; de empresas grandes, pequeñas y medianas, etc. Por cerca de cuatro décadas EE.UU. ha tenido el monopolio para subordinar el conjunto de las economías nacionales y la economía internacional al manejo de su política monetaria, por lo tanto hay que superar el patrón dólar. Por ejemplo, semanas atrás, el presidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, le propuso al presidente Álvaro Uribe Vélez realizar los intercambios comerciales en sus monedas nacionales. Y, aunque no hay una solución única, ni el presidente Uribe aceptó la propuesta, parece que el camino es abrirse a otras posibilidades: intercambios en monedas nacionales y monedas regionales (asiática, europea, latinoamericana, africana, etc.)” (Solano, Cárdenas y CID, 2009).

178 “Acto Legislativo 03 de 2011 (julio 1°) por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Artículo 2°. El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así: Habrá un Plan Nacional de Desarrollo

gasto se trasladan de la discusión política del Congreso hacia el Ejecutivo, más específicamente al Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), de modo que la preocupación central de la política presupuestaria no será, si ha sido alguna vez, la necesidad social, sino el equilibrio macroeconómico. Poco importa, entonces, que Colombia en estos días hubiera alcanzado el deshonroso primer lugar en inequidad del continente<sup>179</sup>. Poco importa que, frente a un crecimiento sostenido de la economía nacional, se paupericen las condiciones de los trabajadores y aumente el desempleo o los índices de pobreza y miseria.

De hecho, con la aprobación de las medidas señaladas se obliga a que “[L]a sostenibilidad fiscal deb[a] orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias” (Congreso de la República, 2011a, art. 1) y, al tiempo, se constriñe el ánimo garantista de los estrados judiciales respecto a derechos sociales y económicos, por ejemplo, de la Corte Constitucional, ya que:

[...] los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal [...] y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal (cursivas propias) (Congreso de la República, 2011a, art. 1).

---

conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal. Artículo 3°. El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así: El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación” (Congreso de la República, 2011a).

179 “Colombia es el país más desigual de América Latina y el cuarto en el mundo. ¿Va el gobierno de Juan Manuel Santos a poder cerrar la brecha entre ricos y pobres? No se ve nada fácil. Colombia, que ha estado históricamente entre los países más desiguales del mundo, corre el riesgo de convertirse en el primero de todos, a juzgar por algunos datos recientes. Un lamentable campeonato que las políticas del gobierno de Juan Manuel Santos no parecen encarar de manera estructural, a juicio de algunos expertos. Sus voceros, por supuesto, no están de acuerdo [...]. Según Samuel Azout, alto consejero para la Prosperidad, Colombia sería hoy el cuarto país del mundo en desigualdad, con un índice Gini de 0,58. Según datos de Naciones Unidas para 2005, con un Gini de 0,55 Colombia estaría entre los primeros del mundo, detrás de apenas un puñado de países y en el pelotón de otras naciones latinoamericanas de niveles de desarrollo mucho más bajos, como Guatemala. Jairo Núñez, de Fedesarrollo, afirma que, según la última Encuesta de Calidad de Vida que hace el Dane, el Gini colombiano habría llegado en 2008 a 0,59, uno de los más altos, si no el más alto del planeta y, quizá, el más alto de América Latina, la región más desigual del mundo” (“Desigualdad extrema”, 2011).

•Pensiones y negociación colectiva•

En consecuencia, todo reclamo sobre derechos sociales o económicos —como las pensiones— exigirá el aval del Ejecutivo, pues solo gozan de intangibilidad “el núcleo esencial de los derechos fundamentales” (Congreso de la República, 2011a, art. 1). Núcleo del que, como se mencionó, no forman parte los mandatos de optimización.

Por si fuera poco, como la reforma constitucional va de la mano de la Ley 1473 de 2011, que establece la “regla fiscal” en busca de garantizar la sostenibilidad económica del país en las finanzas públicas y el sistema macroeconómico<sup>180</sup>, el Gobierno termina atando las manos a la progresividad de los derechos sociales, más aún en el caso de los derechos de carácter económico-prestacional que, como sugirió la exposición de motivos del Acto Legislativo 03, en buena parte son responsables de los desequilibrios fiscales<sup>181</sup>. Por tal razón, esa Ley consideró en su Artículo 8:

*Marco de Gasto de Mediano Plazo. El Marco de Gasto de Mediano Plazo contendrá las proyecciones de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto, distribuidos por sectores y componentes de gasto del Presupuesto General de la Nación para un período de 4 años. El Marco de Gasto de Mediano Plazo se revisará anualmente. El Gobierno Nacional reglamentará el Marco de Gasto de Mediano Plazo y definirá los parámetros y procedimientos para la cuantificación del gasto y la forma como concurrirán los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. Cada propuesta de presupuesto de gastos deberá proveer la motivación, cuantificación y evaluación de los programas allí incluidos (cursivas propias).*

En este contexto, no es de extrañar que las mencionadas medidas fiscales hayan sido aplaudidas por la ANIF y por las firmas aseguradoras internacionales de riesgo que elevaron la categoría y subieron la calificación para la inversión en

180 “Artículo 5°. Regla fiscal. El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido. El déficit estructural del Gobierno Nacional Central no será mayor a 1 % del PIB a partir del año 2022. Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2,3 % del PIB o menos en 2014, de 1,9 % del PIB o menos en 2018 y de 1,0 % del PIB o menos en 2022” (Congreso de la República, 2011b).

181 Es reiterado culpar al gasto social, las sentencias de la Corte, los desplazados y el pasivo pensional como lo que produce el desbalance en las finanzas pública. Se evade considerar el presupuesto como un todo que requiere la finalización de la guerra, la renegociación de la deuda pública, quitar la autonomía del banco central para impedir financiar la deuda pública con préstamos externos, remodelar el sistema de seguridad, etc.

Colombia<sup>182</sup>. Esto demuestra que los mercados de capitales estaban interesados en la aprobación de esas reformas, pues ponen un techo para el desarrollo de los derechos sociales que, a su entender, obstaculizan las exigencias de los acreedores e inversionistas del país. Al fin y al cabo, no es objetivo del mercado satisfacer derechos y mucho menos dejar de lado un negocio tan lucrativo como el de las pensiones, en el que los activos se encuentran en el sistema financiero mientras los pasivos se hallan en el sector público<sup>183</sup>.

Con estas medidas, el Gobierno ha conseguido salir al paso del debate político sobre el gasto social, pues al poner énfasis en el lenguaje tecnocrático de los economistas, se evade la confrontación y negociación democrática entre los grupos de interés que se ven afectados en sus condiciones de vida por unas decisiones económicas que están por fuera de lo que la mayoría de las personas puede entender. Ello conspira en contra de las reglas de funcionamiento de la democracia y del control parlamentario y ciudadano de la política presupuestaria. Un evento que, en materia de pensiones, se ha manifestado con el desdeñable hábito de cristalizar los credos económicos del Gobierno de turno, cuando no por vía legal, por vía constitucional, con lo que amarra la maniobrabilidad de la política pensional a largo plazo.

En ese último sentido se ha movido el proceso que, durante los últimos años de la década del noventa y el primer lustro del nuevo siglo, dio pie al Acto Legislativo 01 de 2005, del cual se ocupará el primer acápite de esta parte del

.....  
182 "La firma Standard and Poor's, una de las más importantes calificadoras de riesgo en el mundo otorgó una calificación de inversión a Colombia, lo que significa que ahora Colombia integra un selecto grupo de países en los que la inversión es segura. Estas calificaciones se otorgan en un momento en el que la economía colombiana necesita una gran cantidad de inversión para sostener el crecimiento que se ha presentado en los últimos años y justo antes de una bonanza minera que está haciendo que todo el país se prepare a través de varios mecanismos, como la regla fiscal, por poner un ejemplo. La calificación tiene una perspectiva de largo plazo, lo que hace que se incentive mayor cantidad de inversión duradera y no capitales golondrina en busca de rentabilidad per sé". Asimismo: «Según un informe de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), el nuevo modelo de ahorro "establece un conjunto de reglas fiscales conducentes a estabilizar la deuda pública hacia el mediano plazo". Para el gremio financiero, la regla fiscal es como un nuevo mecanismo para remplazar "lo destruido a través del desmonte del Fondo de Ahorro y Estabilidad Petrolero (FAEP), creado a través de la Ley 209 de 1995, y que (en mala hora) se decidió 'consumir' durante 2007-2008 (en pleno auge de los precios del petróleo a nivel internacional)". Se espera que el gobierno se ate "las manos fiscales" y se encere "los oídos burocráticos" para evitar que el actual déficit estructural vaya deteriorando la posición de deuda pública bruta consolidada, que actualmente bordea el 45 % del PIB (producto interno bruto), dijo la ANIF» (Sáenz, 2010).

183 César Giraldo en entrevista de 2011 ha afirmado que "la seguridad social aumentó en impuestos de 12 % de la nómina al 28,5 % después de la ley 1005 pero como se van al sector financiero privado nadie dice nada al respecto, mientras que en el caso del ICBF, las Cajas de Compensación Familiar y el Sena que cumplen labor social siempre se recalca la destinación específica" (UNRadio, 2011b).

estudio. La mirada parte de las perspectivas genético-crítica y jusconstitucional. El propósito es mostrar cómo la reforma constitucional del Artículo 48 fue procurada por la movilización de un específico grupo de interés —el sistema financiero y económico ortodoxo— mediante la estrategia de “elusión constitucional”, esto es, la conversión de los resultados de un consenso amplio en expectativas de grupo. En el caso en comento, tuvo como resultado paralelo la antinomia constitucional presentada en los preliminares de este estudio.

El segundo acápite pondrá en consideración el impacto de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la negociación colectiva y la libertad sindical desde el contexto del Derecho Internacional, o sea, de las convenciones y recomendaciones de la OIT desde la recepción local y desde la posibilidad alternativa de ajustar las expectativas sociales en materia pensional para que los trabajadores colombianos puedan ejercer su poder de negociación: primero, adecuando éstas al ingreso y no al revés, pues el gasto social debe liderar la política fiscal y los ingresos han de ajustarse a estos; y segundo, alentando la justiciabilidad caso a caso de las pensiones obtenidas producto de la negociación colectiva, ya que, dado el bloque de constitucionalidad, los trabajadores no han perdido su derecho de pensionarse de acuerdo con la cláusula convencional.

Lo dicho supone que la antinomia constitucional a la que se ha aludido no se puede resolver de forma definida, porque la adopción de la proporcionalidad en sentido lato o de la ponderación en sentido estricto se refiere a la colisión normativa de caso. De tal suerte, aun cuando en algún evento se reconozca la primacía de un derecho sobre otro de igual rango, el último no desaparece. En ese sentido, el derecho a la negociación colectiva en materia pensional, de acuerdo con la cláusula convencional amparada en el bloque constitucional, tiene el potencial de defender las expectativas de ciertos grupos de interés organizados, pero en el estado actual del sistema jurídico nacional no puede resolver de una vez una antinomia que, en términos lógicos, solo se soluciona con la desaparición de una de las preceptivas en contradicción.

### *El advenimiento del Acto Legislativo 01 de 2005*

La financiarización de la cuestión pensional no fue casual, sino que fue el objeto de la Ley 100 de 1993. Fue el esfuerzo “permanente de los neoliberales para

vedar la seguridad social a la negociación colectiva como culmen de la eliminación de las barreras al libre comercio” (Silva Romero, 2005, pp. 289-290). En otras palabras, la Ley 100 fue el proyecto de dejar en manos del mercado y del sistema financiero la prestación de los derechos fundamentales a la salud y a la pensión sin intromisión alguna de externalidades —en el lenguaje tecnocrático— o de factores como la consecución de logros por la lucha social organizada.

No obstante, como el Ejecutivo tenía el antecedente de la Sentencia 013 de 1993 de la Corte Constitucional respecto a la declaratoria de inexecutable del Artículo 6 del Decreto 035 de 1992 —que pretendía socavar los derechos adquiridos en relación con las pensiones en convenciones colectivas—<sup>184</sup> en la Ley 100 de 1993 se introdujeron ciertas medidas de salvaguarda de los derechos adquiridos<sup>185</sup>. Empero, no pasaron de ser concesiones tranquilizadoras o notas retóricas

184 La Corte (1993c) sostuvo: “6.5 Inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 14 del Decreto 035 de 1992: Se alega que para la fecha de expedición de estas normas, regía un régimen convencional laboral que regulaba la situación de los trabajadores que sufriesen la terminación de su vínculo laboral con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia. Por lo anterior, en ejercicio de las facultades extraordinarias, se habría vulnerado el artículo 39 que establece el derecho de asociación sindical, el 55 sobre el derecho a la negociación colectiva, el 53, inciso 5°, que ordena el respeto a los derechos de los trabajadores y los Convenios 87 de 1948 y 98 de 1949 de la O.I.T., aprobados por las leyes 26 y 27 de 1976, incorporados además, por el artículo 53, inciso 4° de la Constitución de 1991. Se agrega a lo anterior que se contravino el artículo 150-19 en sus literales e) y f). Las convenciones pactadas consagran mejores condiciones para los trabajadores portuarios en cuanto a prestaciones sociales de retiro, que las establecidas por la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario, el 2127 de 1945, por lo que constituyen el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales de la Empresa Colpuertos cuya modificación debe efectuarse según los lineamientos fijados por el Congreso en la correspondiente ley marco. Los artículos 1° y 2° violan también —según los demandantes— el artículo 13 de la Carta que consagra el principio de la igualdad, porque estas normas se dictaron exclusivamente para el caso específico e individual de la liquidación de Colpuertos, negando la sustitución patronal y consagrando un régimen especial para la terminación de los contratos laborales y de las relaciones legales y reglamentarias que deja sin efecto las convenciones colectivas de los trabajadores portuarios y los derechos en ellas consagrados. Al respecto el apoderado de la Presidencia sostiene que cuando la ley dispone la liquidación de Colpuertos y adopta las medidas necesarias con tal fin, [...] no desborda el marco propio de las funciones que a través de la ley ordinaria o de facultades extraordinarias precisa la Carta al poder legislativo y al poder ejecutivo”. Agrega que es errada la interpretación del demandante acerca de la primacía de los convenios internacionales sobre la ley interna. En todo caso, concluye, el artículo 5° del Decreto 035 de 1992 garantiza los derechos adquiridos hasta la fecha de publicación del mismo. En opinión del defensor no se desconocen convenciones laborales pactadas con intromisión en materias propias del legislador delegadas al ejecutivo. De otra parte, la supresión de cargos y la regulación de los eventos que se presenten con ocasión de la liquidación, no constituyen fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos ni del régimen de las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”.

185 “Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las



•Pensiones y negociación colectiva.

propias de un párrafo para atemperar las consecuencias o las voces en contra de esas medidas que, de cualquier forma, en el momento de su aplicación, no fueron óbice para refrenar las intenciones nugatorias de los derechos laborales de la Ley 100 de 1993.

La crisis financiera de los Estados nacionales de la década del setenta y la crisis de endeudamiento de la década del ochenta sirvieron para que los organismos financieros internacionales, el FMI y el Banco Mundial promovieran el abandono del régimen solidario y su sustitución por un régimen de capitalización individual, operado por empresas financieras privadas. El incremento en la participación de los recursos de fondos de pensiones en las finanzas públicas, como los títulos de deuda pública, le ha dado la suficiente fortaleza política al sistema financiero nacional e internacional para impulsar las reformas legislativas más adecuadas para profundizar la financiarización del sistema pensional.

Como lo demuestra la implementación del esquema de multifondos y de portafolios de inversión para los fondos de cesantías y pensiones —desarrollados respectivamente por los Decretos 2373 y 2349 de 2010 y 857 de 2011—, el interés del sistema financiero, en connivencia con el establecimiento gubernamental, ha sido aumentar al máximo la maniobrabilidad especulativa en la inversión para el incremento de las rentas del sector privado y, al tiempo, asegurar la dependencia del Estado a la financiación privada. En la práctica, esto implica sacarle el cuerpo al mandato constitucional de definir legalmente “los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” (República de Colombia, 1991, art. 48), por cuanto los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) terminan ingresando forzosamente al

---

partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes [...]. Artículo 272. Aplicación preferencial. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia [...]. Artículo 283. Exclusividad. El Sistema de Seguridad Social Integral, con cargo a las cotizaciones previstas en la presente Ley, pagará exclusivamente las prestaciones consagradas en la misma. Los recursos destinados para el pago de las prestaciones diferentes de las consagradas en la presente Ley para el sector público, se constituirán como patrimonios autónomos administrados por encargo fiduciario, cuando las reservas requeridas para dichas prestaciones, excedan las proporciones de activos que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. Aquellas convenciones que hacia el futuro se llegaren a pactar en condiciones diferentes de las establecidas en la presente Ley, deberán contar con los recursos respectivos para su garantía, en la forma que lo acuerden empleadores y trabajadores. Esta Ley no vulnera derechos adquiridos mediante convenciones colectivas del sector privado o público, sin perjuicio del derecho de denuncia que asiste a las partes”.

juego de las incertidumbres del mercado especulativo. El Decreto 857 de 2011 indica<sup>186</sup>:

Artículo 1°. Régimen de inversión de los fondos de pensiones obligatorias y de cesantía. Se sustituye el Título 12 del Libro 6 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 el cual quedará así: “Título 12. Régimen de inversión de los fondos de pensiones obligatorias y de cesantía. Artículo 2.6.12.1.1. Características del régimen de inversión de los tipos de fondos de pensiones obligatorias. Los tipos de fondos de pensiones obligatorias tendrán las siguientes características:

Fondo conservador: tipo de fondo que a través de la gestión eficiente de sus recursos por parte de la AFP procura el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con baja exposición al riesgo.

Fondo moderado: tipo de fondo que a través de la gestión eficiente de sus recursos por parte de la AFP procura el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con moderada exposición al riesgo.

Fondo de mayor riesgo: tipo de fondo que a través de la gestión eficiente de sus recursos por parte de la AFP procura el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes con mayor exposición al riesgo.

Fondo especial de retiro programado: tipo de fondo con el cual se busca una administración orientada al pago de las pensiones.

Artículo 2.6.12.1.2. Inversiones admisibles. Con el propósito de que los recursos de los diferentes tipos de fondos de *pensiones obligatorias en el régimen de ahorro individual con solidaridad* y los recursos de los fondos de *cesantía y sus portafolios de corto y largo plazo, se encuentren respaldados por activos que cuenten con la requerida seguridad, rentabilidad y liquidez, las AFP deben invertir dichos recursos en las condiciones y con sujeción a los límites que se establecen en los Títulos 12 y 13 del Libro 6 de la Parte 2 del presente decreto*. De acuerdo con lo anterior, los re-

.....  
186 Surgió en consideración a que la Ley 1328 de 2009 facultó al Gobierno nacional para establecer los regímenes de inversión de cada uno de los portafolios de los fondos de cesantía y de cada uno de los tipos de fondos de pensiones obligatorias administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, las AFP. En ejercicio de sus facultades de regulación, el Gobierno nacional, por medio de los Decretos 4935 de 2009 y 2955 de 2010, definió el régimen de inversiones aplicable a cada uno de los portafolios de los fondos de cesantía y a cada uno de los tipos de fondos de pensiones obligatorias, respectivamente. Además, los Decretos 4935 de 2009 y 2955 de 2010 fueron incorporados en el Decreto 2555 de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. En virtud de tales disposiciones y de las demás facultades otorgadas al Gobierno nacional en la Constitución Política y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se considera pertinente unificar en un mismo título el régimen de inversión de los recursos de los fondos de pensiones obligatorias y el régimen de inversión de los recursos de los fondos de cesantía, así como las reglas de gobierno corporativo comunes al proceso de inversión que les son aplicables, en busca de su mejor organización y armonización.

## •Pensiones y negociación colectiva.

cursos de los diferentes tipos de fondos de pensiones obligatorias y los portafolios de los fondos de cesantía se pueden invertir en los activos que se señalan a continuación:

1. Títulos, valores o participaciones de emisores nacionales:
  - 1.1 Títulos de deuda pública.
    - 1.1.1 Títulos de deuda pública interna y externa, emitidos o garantizados por la Nación.
    - 1.1.2 Otros títulos de deuda pública.
  - 1.2 Títulos de deuda cuyo emisor, garante o aceptante sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia [...].
  - 1.3 Bonos y títulos hipotecarios [...].
  - 1.4 Títulos de contenido crediticio derivados de procesos de titularización cuyos activos subyacentes sean distintos a cartera hipotecaria.
  - 1.5 Títulos del Banco de la República.
  - 1.6 Títulos de deuda cuyo emisor o garante sea una entidad no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.
  - 1.7 Participaciones en carteras colectivas abiertas sin pacto de permanencia y en fondos bursátiles [...].
  - 1.8 Participaciones en carteras colectivas abiertas con pacto de permanencia [...].
  - 1.9 Títulos y/o valores participativos.
    - 1.9.1 Acciones de alta y media bursatilidad, certificados de depósitos negociables representativos de dichas acciones (ADR y GDR) y acciones provenientes de procesos de privatización o con ocasión de la capitalización de entidades donde el Estado tenga participación.
    - 1.9.2 Acciones de baja y mínima bursatilidad o certificados de depósitos negociables representativos de dichas acciones (ADR y GDR).
    - 1.9.3 Participaciones en carteras colectivas abiertas sin pacto de permanencia y en fondos bursátiles [...].
    - 1.9.4 Participaciones en carteras colectivas abiertas con pacto de permanencia, cerradas o escalonadas [...].
  - 1.10 Inversiones en fondos de capital privado que tengan por finalidad invertir en empresas o proyectos productivos [...] (cursivas propias) (Presidencia de la República, 2011).

Salta a la vista que el propósito de la actual política pensional no se ha apartado un ápice del proyecto neoliberal. Todavía se pone como ejemplo el caso chileno, cuando las cifras aportadas por la OIT, que ya fueron referidas, han demostrado unos resultados muy diferentes a los prometidos<sup>187</sup>. La tesis era que, en el largo plazo, el rendimiento obtenido por los instrumentos financieros adquiridos

.....  
187 Los riesgos del sistema pensional chileno fueron puestos de presente hace ya más de una década por los analistas de esa nacionalidad. Apuntaban que "las pensiones reales pagadas por los nuevos sistemas de pensiones en Chile, equivalen apenas al 0,9 % del PIB [...]. Chile, además, tiene la mayor proporción de los activos de fondos de pensiones invertidos en el extranjero (3,5 %), lo cual contrasta con el rendimiento real de las pensiones. Ya que los datos disponibles para Chile durante el período 1991-1997 muestra que las cuentas individuales produjeron en promedio un rendimiento real de 8,3 %, aunque la cifra verdadera es 1,9 % menor debido a las comisiones. Las cuales están en el rango de 0,5 % a 2,4 % de los salarios, cifras extremadamente altas para el contexto internacional tal y como sugiere un reciente estudio comparativo (Valdés-Prieto, S. "El Tamaño de las Comisiones de las AFP: Comparación Internacional", Administración y Economía UC 36. Chile. 1999). En Chile los costos de comercialización en el total de los ingresos AFP creció de 10 % en 1988 a 34 % en 1997, lo que refleja una expansión de las AFP aunque esto ilustra cómo fallas de diseño del sistema de pensiones pueden tener efectos negativos en la pensión neta y por lo tanto sobre el bienestar de los ancianos" (Schmidt-Hebbel, 1999). Otras críticas más recientes

pagaría los costos administrativos y permitiría que las pensiones individuales fueran superiores a las que se hubieran obtenido en el régimen anterior. Sin embargo, nada de eso se ha hecho realidad en Chile y menos en Colombia. De suerte que la alternativa neoliberal fue convertir a los afiliados al RAIS en inversionistas forzosos del mercado de capitales, aun cuando la mayoría de los colombianos no conocen el funcionamiento de semejante sistema<sup>188</sup>.

En consecuencia, la entrada en vigencia de la Ley 1323 de 2009, operativa desde febrero de 2011, que instituyó en Colombia el esquema de ahorro pensional por medio de los portafolios generacionales o multifondos, conllevará a que el grueso de la población termine de forma automática (según la Ley) en el portafolio moderado (con límite de un 45 % en la renta variable)<sup>189</sup>.

Así las cosas, de unos años acá, la alternativa obvia para muchos de los trabajadores colombianos ha sido retornar al régimen de prima media con prestación definida (en 2010, más de 171.000 afiliados a las AFP se trasladaron al Seguro Social), pues este augura una cierta certidumbre frente a la adquisición de los

---

al modelo chileno destacan su inoperancia frente a los efectos redistributivos y la perpetuación de las situaciones de inequidad y exclusión que, pese a lo que se aduce, se han incrementado en el país (Pareja, 2010).

188 A pesar de que hace meses se había anunciado que los colombianos afiliados a las administradoras de pensiones y cesantías (AFP) estaban obligados a escoger el esquema de multifondos para que sean manejados sus recursos, solo un 0,19 % atendió ese llamado. La situación fue dada a conocer por la propia Superintendencia Financiera de Colombia, tras revelarse que de los 9.474.885 afiliados a los fondos de pensiones obligatorias, apenas 18.114 personas habían hecho la elección. De acuerdo con la entidad, de los 18.114 afiliados, 682 seleccionaron el fondo conservador, 3.732 el moderado y 13.700 el de mayor riesgo, con lo que se cumplió el traslado de recursos y afiliados a los cuatro tipos de fondos. Las personas que no han elegido tipo de fondo pueden hacerlo en cualquier momento, por lo que se espera que el nuevo esquema se afiance en la medida en que los afiliados tengan mayor información y se implementen los mecanismos de educación financiera por parte de las entidades vigiladas (*El País.com.co*, 2011).

189 “[...] se trata de aplicar el principio de obtener retornos superiores al promedio a través de tomar mayores riesgos a horizontes más largos. Así, los jóvenes podrán ‘apostar’ a rentabilidades superiores recargando sus portafolios en la renta variable (acciones), mientras los viejos buscarán preservar el valor ya ganado a través de recargarse en la renta fija (particularmente en títulos de alta liquidez) [...]. Los portafolios jóvenes de mayor riesgo (hasta 40 años) podrán destinar máximo 70 % a activos de alto riesgo; los de edad media son de riesgo moderado (40-50 años) y podrán invertir hasta 45 % en tales activos; y los de edad mayor son fondos conservadores (más de 50-60 años) que tendrán un límite de 20 % en instrumentos de alto riesgo [...]. Una primera aproximación nos indica que esos portafolios jóvenes podrían abarcar un 30 % del total del ahorro pensional-obligatorio. El fondo moderado (40-50 años) abarca un 22 % de los ahorradores por edad y probablemente otro 30-35 % del ahorro. Por último, los mayores de 50 (fondo conservador) representan un 6 % de los ahorradores, pero es allí donde se concentraría el grueso del ahorro, cerca de un 40 % del total de ahorros disponibles (ver gráfico 2) [...]. En síntesis, la Ley 1328 de 2009 sobre multifondos-pensionales le ha abierto a Colombia la opción de acercarse a la ‘curva de portafolios óptimos’, explotando los diferentes horizontes de ahorro que enfrenta la población. Sin embargo, ello podría no llegar a cristalizarse con todo su potencial si los ahorradores no optan activamente por dichos portafolios y el grueso termina en los portafolios conservadores por ‘default’ (Clavijo, 2010, p. 1). Además, puede verse “Baja acogida de afiliados” (2011).

beneficios pensionales que al RAIS no asiste (la incertidumbre sobre la renta que un trabajador podrá alcanzar en las AFP y la experiencia internacional de quiebre de algunas de estas, lo demuestra). No obstante, como esto presiona las finanzas del Estado, la respuesta del Gobierno no se hizo esperar:

Esta situación condujo a la creación del Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 142 de 2002), justificado en la idea de completar el capital de aquellos afiliados a las AFP que, al momento de retirarse del mercado laboral, no lograban reunir un ahorro suficiente para pensionarse con una mesada equivalente a un SMLV. Antes de la promulgación de la norma, eran los fondos con su capital los que respondían por la pensión mínima. A partir del decreto, todos los afiliados de estas administradoras deben destinar el 1,5 % de su salario para el funcionamiento del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. La falta de fidelidad en las cotizaciones es uno de los graves problemas: el 30 % de los afiliados pobres hacen dos cotizaciones cada cinco meses. Ello conlleva a que, al momento de jubilarse, la mayoría no cumplan con el número de semanas requeridas, por tanto, no pueden obtener la pensión y deben retirarse del fondo. Dicha entidad les devuelve lo ahorrado en su cuenta individual, pero no lo aportado al Fondo de Garantía, dinero que va a parar a las cuentas del Estado. [Así] el sistema de protección social al adulto mayor —construido sobre el aseguramiento— se deriva de la relación laboral. Y un mercado de trabajo con alta informalidad y precariedad, y la existencia de un régimen de bajos salarios, explica por qué solo el 25 % de la población colombiana mayor de 65 años disfruta de una pensión y los niveles pensionales del 70 % de los jubilados están entre uno y dos salarios mínimos. [Además,] la alta rotación laboral (en el 2010 el 25 % de los afiliados retiraron sus cesantías por finalización del contrato laboral) también hace que no se cumpla con el número de semanas requeridas para tener derecho a una pensión. Aumentar la edad es agravar aún más el problema de acceso a la cobertura de protección y, de paso, legislar en beneficio del monopolio de las AFP (seis fondos controlan el ahorro más importante de la economía: Protección, Skandia, CITI Colfondos, ING pensiones y cesantías, BBVA Horizonte), que podrán disponer por más tiempo del ahorro de los trabajadores colombianos. La privatización del Sistema de Seguridad Social y lo acontecido en el Sistema Pensional, que puso a competir al Régimen de Prima Media con el de fondos privados, impactó las finanzas públicas. Las cuentas hacen mención a un déficit, que de acuerdo con las estimaciones de la ANIF, en valor presente es del orden de 160 % del PIB, y para cubrir pensiones se requiere una cifra similar a lo recaudado por los impuestos como el IVA interno (Rodríguez Salazar, 2011).

En cierta forma, pese a que muchas circunstancias favorecerían un fortalecimiento del RPM, la política gubernamental ha preferido desalentar su

funcionamiento, por un lado, con el incremento de las edades de retiro que establecen, por ahora, que a partir de 2014 las mujeres se jubilarán a los 57 años y los hombres a los 62 (art. 36 L. 100/93, reglamentado por D. 2527/00 y por A. L. 01/05) y, por otro, con el favorecimiento del proceso de “descreme” del ISS —la extracción de sus activos—, tal vez como una forma de desembarazarse del problema fiscal que acarrea ser, simultáneamente, el soporte del pasivo pensional y el principal usuario de los recursos acumulados por el ISS<sup>190</sup>. Explica Ricardo Bonilla (2001):

Según las cifras, evidentemente, el objetivo prioritario de la ley 100 fue “descremar” al ISS con el argumento de su presumible insostenibilidad de largo plazo. Entre las cuentas de las AFP’s son más los afiliados por sustracción al ISS que aquellos que llegan por primera vez, convirtiendo el sistema dual colombiano en una guerra de afiliaciones. Las acciones sobre el ISS surtieron efecto y de las bases de sus afiliados se alimentaron las AFP’s, sustrayendo 1’678.704 personas, de las cuales el 80,3 % tienen menos de 40 años y 12,3 % entre 40 y 45 años, dejando el restante 7,4 % para los mayores de 45 años, es decir de aquellos para los cuales las semanas de cotización ya son efectivas, el traslado no mejora su condición y no representan atractivo alguno para los fondos, dado que son los más cercanos a cumplir las condiciones para la jubilación. La población objetivo es resultado de la mayor debilidad del régimen contributivo, aquellos que cotizan sin que sus aportes tengan efecto de corto o mediano plazo en la liquidación de la jubilación. Bajo el actual sistema una persona necesita cotizar durante 1000 semanas, es decir, alrededor de 19 años y medio, mientras la base de liquidación son los ingresos de los últimos diez años, de tal manera que un hombre, que se jubila a los 60 años, necesita aportar a partir de los 40 y declarar sus mejores ingresos después de los 50, sin estímulo especial para hacerlo antes, igual sucede con las mujeres a partir de los 35 años dado que se pueden jubilar cinco años antes que los hombres. Este vacío es lo que están explotando las AFP’s, convencién-dolos de que sus aportes son válidos en cuantía y tiempo desde el mismo momento de su afiliación, de esta manera el ISS está perdiendo a sus afiliados jóvenes, cuyos aportes van más al fondo de contribución que a su propia liquidación, al mismo tiempo que el soporte de ingresos de largo plazo, dejando una entidad envejecida, llena de afiliados en edad madura y muchos jubilados que, poco a poco, van a consumir las reservas, hasta agotarlas en algún momento ante la ausencia de relevo generacional [...]. Así mismo tenemos que, el efecto más importante de la reforma es haber intro-

.....  
190 En efecto, 100 % de los recursos colocados en el mercado del ISS se encuentra invertido en títulos de tesorería (TES), mientras un 47,1 % de los recursos de las AFP se distribuye entre TES y bonos de deuda pública. Así, el Estado esta doblemente endeudado con el sistema pensional: como empleador y como demandante de crédito.

•Pensiones y negociación colectiva.

ducido un sistema de competencia que conduce a la desaparición de la solidaridad intergeneracional con el resultado palpable de propiciar la desafiliación al ISS de los jóvenes y el paulatino envejecimiento de este sistema con el consecuente perjuicio para las reservas y el creciente impacto sobre el déficit actuarial y su conversión en déficit fiscal de corto plazo (p. 9).

Frente a un panorama tan desalentador, ¿cuál sería la alternativa para que el trabajador alcance una pensión más ventajosa y menos incierta en términos presenciales? La respuesta parecería ser la organización sindical y, subsecuentemente, la negociación colectiva. Empero, como se advirtió, el proyecto neoliberal ha dirigido sus fuerzas en pro de la flexibilización del mundo del trabajo y, en consecuencia, hacia la desintegración y persecución de la organización sindical. Un proceso que, dadas las cláusulas de protección sindical que forzosamente se incluyeron en la Ley 100, requería un desarrollo más acabado, un proceso de constitucionalización, como se verá.

#### Legislar en beneficio del monopolio de las AFP

Para el sistema financiero, transcurrida la primera década de su implementación, la reforma endógena hacia un sistema mixto de dos pilares diseñado por la Ley 100 de 1993 resultó insuficiente para sus expectativas de crecimiento en cuanto a tasas de retorno. De tal manera, se dispuso a alentar las reformas legislativas adecuadas para incrementar los ingresos a corto y mediano plazo y ahuyentar el fantasma del aumento de egresos presentes, propiciado por el fácil traslado a sus toldos de cotizantes del RPM con expectativas de pensión a corto plazo. Al mismo tiempo, aupó las fuerzas políticas favorables a sus intereses en el Congreso para refrenar, por vía de una reforma constitucional, el “activismo progresista” de la Corte Constitucional que tan caro estaba resultando a sus intereses oligopólicos.

Las motivaciones anteriores no se presentaron de ese modo, sino que se adujo la necesidad de reformas sustantivas a la Ley 100 de 1993 para poder materializar sus propios objetivos acerca de cobertura y sostenibilidad. Como sugiere un estudio auspiciado por el Banco Bilbao-Vizcaya (BBVA) principal accionista de la AFP Horizonte:

Ante esta realidad se dio paso en el Congreso colombiano a una nueva legislación que intentaba mejorar y corregir algunos aspectos negativos del sistema pensional.

En el año 2002, sólo 2 de cada 10 personas en edad de pensionarse se encontraban cubiertas por el sistema pensional. Igualmente se estimaba que entre el 42 % y el 72 % de las pensiones reconocidas por el RPM eran subsidiadas. [...] también se detectó que la tasa de cotización era regresiva dentro del RPM, puesto que las contribuciones de los trabajadores de menores ingresos y menos estabilidad laboral, que no alcanzaban los requisitos de pensión, se subsidiaba el pago de pensiones de las personas con mayores ingresos, así como de aquellos que conservaban los beneficios del sistema anterior. Diferentes estudios, entre ellos Parra J. (DN Pensión: un modelo de simulación para estimar el costo fiscal del sistema pensional colombiano, Archivos de Economía, 150, DNP), estimaban que el déficit pensional a valor presente a precios del 2000 se encontraba entre el 190 % y 200 % del PIB. Por lo anterior, no era sostenible una carga pensional de dichas dimensiones para beneficiar a un porcentaje muy pequeño de la población, y se hacían necesarios nuevos ajustes al sistema de pensiones que aseguraran su estabilidad financiera. Entre los cambios más importantes resaltan la obligatoriedad de afiliación al sistema de pensiones para trabajadores independientes, el aumento de 3 a 5 años en el tiempo requerido de permanencia para traslados entre regímenes, al igual que el establecimiento de 10 años antes de la edad de pensión como plazo máximo para realizar el último traslado entre ellos. La nueva legislación quedó consignada en las leyes 797 y 860 de 2003 (Muñoz, Romero, Téllez y Tuesta, 2009, pp. 15-17).

Con las medidas mencionadas, el sistema pensional se entregó con docilidad a los intereses privados bajo el sofisma de un fortalecimiento del pilar solidario y una reducción del déficit pensional<sup>191</sup>. Con la creación del Fondo de Garantía de Pensión Mínima (FGPM) y la restructuración del Fondo de solidaridad pensional (FSP) del RAIS se le cargó al mismo Estado la institución e implementación de un “modelo de caridad pública en materia pensional” que, lejos de desarrollar el derecho fundamental a la pensión, lo convirtió en dádiva, como la reciente formalización de los BEP.

En este orden de ideas, la Ley 797 de 2003, una de las primeras reformas de significado a la Ley 100, persiguió formalizar la universalización de la afiliación

---

191 Según las cifras suministradas por el Ministerio de Protección Social, de la Ley 100 de 1993 al Acto Legislativo 01 de 2005 se evidencia una reducción en los porcentajes del déficit pensional en relación con el PIB. Ley 100 de 1993: valor presente neto/PIB de 2007: 191; Ley 797 de 2003: valor presente neto/PIB de 2007: 166; Acto Legislativo 01 de 2005: valor presente neto/PIB de 2007: 148 (Muñoz *et ál.*, 2009, p. 17).

No obstante, dicha reducción del déficit no se ha traducido en mayores beneficios para los cotizantes ni para los pensionados, sino que, al contrario, le suma a las cotizaciones unos emolumentos que no les serán retribuidos, como advirtió Óscar Rodríguez Salazar (2011).



•Pensiones y negociación colectiva.

(art. 2), pero no con el ánimo bienestarista de un Estado asistencial, sino más bien con el objetivo de capturar para el mercado un segmento de la población que, dadas las flexibles características del mercado laboral y la informalidad en Colombia, no alimentaba con sus recursos al sistema<sup>192</sup>. Los “independientes”, contratistas, prestadores de servicios informales y trabajadores casuales, en efecto, se vieron obligados de un momento a otro a aportar a un sistema en el cual, por sustracción, no se creía. De seguirse el fundamento neoliberal de la autonomía de la voluntad privada, muchos posibles aportantes reusarían dejar en manos del mercado de capitales, el juego de la especulación financiera, unos activos obtenidos con su trabajo<sup>193</sup>.

.....  
192 “Artículo 2. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así: Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; [...] e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; [...] i) El fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Créase una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados. [...] l) En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo; m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran; n) El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración; La Nación podrá, a partir de la vigencia de la presente ley, asumir gradualmente el pago de las prestaciones y mesadas pensionales de los pensionados que adquirieron su derecho con anterioridad al 4 de julio de 1991, en los nuevos departamentos creados en virtud del artículo 309 de la Constitución Nacional; o) El sistema general de pensiones propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles; p) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley; q) Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley”.

193 Mediante la Ley 1250 de 2008 se consagró la voluntariedad por tres años, contados a partir de la promulgación de la norma, para la afiliación de los trabajadores independientes que devenguen ingresos iguales o superiores a un SMLMV; con ello se vuelve al régimen anterior.

De allí que la mayoría de las medidas de la Ley en comento sean nugatorias de los propios fundamentos liberales, por cuanto las limitantes sobre la permanencia en un régimen pensional o en una entidad del mismo, la improcedencia de sustituir las semanas de cotización o el tiempo de servicio, el límite base de cotización, el reajuste en el monto de las cotizaciones, el incremento en la edad de jubilación, el aumento de las semanas de cotización en el RPM, el ajuste en la tasa de remplazo, el establecimiento de revocatoria directa para pensiones reconocidas “irregularmente” y la creación de acciones de revisión de reconocimiento de pensiones, no son otra cosa que la declaratoria de claudicación de los intereses del Estado social de Derecho en favor de los interés privados<sup>194</sup>.

Por lo mismo, entonces, no es extraño que el Plan de Desarrollo 2010-2014, “Prosperidad para todos”, señale en dos de sus artículos que el Fondo de Garantías

194 Juan Carlos Cortés González (2009) señala que “la ley 797 reajusta los términos de selección y traslado de un régimen a otro, señalando que no es admisible el desplazamiento sino contados cinco años de la selección inicial o anterior. Igualmente, restringe el traslado de un régimen cuando el afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir la edad de pensión [...]. Así mismo, dispone la ley 797 que en ningún caso se podrán sustituir o abonar semanas de cotización o tiempo de servicios para acceder a la pensión, con el cumplimiento de requisitos distintos [...]. Ello sin perjuicio de lo previsto en pactos o convenciones colectivas de trabajo [...]. El límite máximo de la cotización se establece en 25 SMLMV para trabajadores del sector público y privado [...]. la cotización podrá realizarse hasta por 45 SMLMV para garantizar pensiones hasta de 25 SMLMV [...]. La ley, además, ordena un incremento gradual de las cotizaciones, a partir del 13,5 % sobre el ingreso base de la cotización [...]. A partir del 1º de enero de 2004, la cotización se incrementó en un punto, al 14,5 % sobre el ingreso base; en los años 2005 y 2006 se incrementó en un 0,5 % cada anualidad, por lo cual a partir de 2006 la cotización se dio por el 1,5 % sobre el ingreso base de cotización. [Además,] mediante el decreto 4982 de 2007, el gobierno Nacional hizo uso de la facultad —para que a partir del 2008 y por una sola vez se incrementara un punto porcentual adicional a la cotización— estableciendo a partir de 2008 la cotización para el régimen de pensiones en el 16 % [...]. Además, como ha sido dicho, la edad para la pensión de vejez se incrementó para la mujer y para el hombre [...]. Así, el número mínimo de semanas de cotización para acceder a pensión en el RPM era de 100. A partir de 2005 dicho número incrementó en 50 y a partir de 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 en el año 2015 [...]. El monto pensional para las primeras 1000 semanas de cotización será el equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación. Para cada 50 semanas adicionales por sobre las 1200 y hasta un tope de 1400 semanas, el porcentaje se incrementará en un 3 % hasta llegar a un monto máximo de remplazo del 85 %. Pero, adicionalmente, la ley 797 estableció un sistema inversamente proporcional para la aplicación de la tasa de remplazo, con posibilidad de incremento por semanas adicionales de cotización [...]. Como se aprecia, la ley 797 ató la tasa de remplazo al nivel de ingresos, en procura de reducir la regresividad en la financiación pública de pensiones para quienes tienen altos ingresos y, además, como estímulo para que aquellos se ubiquen en el RAIS [...] para soportar la garantía de pensión mínima, la ley dispuso para aquellos que al cumplir 62 años no cumplan con el requisito de tiempo o semanas de cotización para acceder a pensión equivalente al SMLMV, pero cuenten con 1050 semanas de cotización; para lo cual se creó el fondo de Garantía de Pensión Mínima [...]. Consagró, además, la norma que la obligación para los administradores del sistema de pensiones, en particular para sus representantes legales, de revocar directamente los actos por medio de los cuales se haya reconocido una pensión sin el cumplimiento de los requisitos de ley o con base en documentación falsa [...]. Las providencias judiciales que ordenen a fondos de naturaleza pública el cubrimiento de pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, a solicitud del Procurador, Contralor General de la Nación, o del gobierno por las causales para la improcedencia del recurso extraordinario de revisión” (pp. 409-413). Un detallado esquema de las diferencias entre el texto original de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 puede verse en Morena Lovera (2010).

•Pensiones y negociación colectiva.

de Instituciones Financieras (Fogafín) se eliminará y que sus reservas se trasladarán al Tesoro Nacional, en tanto que:

[...] el Gobierno nacional establecerá el régimen de organización y administración del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en atención a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, así como los requisitos que deben cumplir los afiliados para acceder a sus recursos, los cuales no podrán ser más exigentes que los previstos para la garantía de pensión mínima en el Régimen de Prima Media (DNP, 2010, citado en Rodríguez Salazar, 2011).

Dicho de otro modo, el ingreso base de cotización (IBC) que a la luz de la Ley 797 de 2003 se volvió una estratagema para sortear la limitante del SMLMV planea convertirse ahora en la medida mínima para toda la política pensional venidera. Continúa siendo la lógica descargar a los empleadores del máximo posible de cargas prestacionales, al tenor de las condiciones laborales de informalidad que aplaudió y facilitó la Ley 797, al disponer que las compensaciones por servicios prestados por los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado —que no son salario— constituyen el IBC para los aportes de la seguridad social (Congreso de la República, 1988; Presidencia de la República, 1990) y para los casos en los que un trabajador “independiente” perciba honorarios por dos o más contratos de prestación de servicios su cotización sería calculada proporcionalmente por lo que reciba de cada “empleador” o contrato, sin exceder el tope legal de los veinticinco SMLMV<sup>195</sup>.

Con este ardid se puso en bandeja de plata a los trabajadores colombianos para el empleo a destajo, más aún cuando, con la reforma del Artículo 15 de la

.....  
195 Como lo prevé el parágrafo 1 del Artículo 5 de la Ley 797, el IBC para las cotizaciones al subsistema de salud deben hacerse sobre el mismo IBC para pensiones, con el fin de mantener la uniformidad de las cotizaciones. No obstante, una persona puede percibir ingresos mensuales de varias relaciones “laborales”, así: 1) de un único empleador, con vínculo laboral oficial o privado, en cuyo caso el empleador cotiza a pensiones y salud un 75 % y el trabajador un 25 % del IBC; 2) de un único contratante oficial o privado en cuyo caso toda la cotización en pensiones, salud y riesgos profesionales corre a cargo del trabajador independiente; 3) de varios empleadores públicos, en los casos legalmente permitidos, en cuyo caso las cotizaciones correspondientes se acumularán para todos los efectos sin exceder el tope legal; 4) de varios empleadores privados, en cuyo caso cada empleador cotizará y retendrá al empleador los montos de dichos conceptos con base en un salario que no puede ser inferior al SMLMV; 5) de un empleador y un contratante, en este caso el empleador aporta según su condición al trabajador en salud y pensiones, mientras el trabajador contratante, por su parte, se verá obligado a cotizar como prestador de servicios; 6) de varios contratantes públicos, en este caso toda la cotización en pensiones, salud y riesgos profesionales, corre a cargo del trabajador independiente, y 7) de varios contratantes privados, en cuyo caso, toda la cotización en pensiones, salud y riesgos profesionales correrá a cargo del trabajador independiente sin exceder el tope legal.

Ley 50 de 1990, “el salario ya no es sólo la remuneración ordinaria fija sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o especie como remuneración ‘habitual’ a la prestación del servicio” (primas, sobresueldos, valor de horas extras, etc.) y cuando en los salarios integrales el IBC se calcula sobre un 70 % de la remuneración, ya que un 30 % restante es factor prestacional.

Con semejantes medidas, difícilmente podría considerarse que las reformas de la Ley 797 de 2003 son una medida razonable de adecuación para la garantía de una pensión futura del trabajador y no la simple sanción —desde el establecimiento— de unas dádivas para los empleadores y un negocio redondo para las AFP en contravía, incluso, del fisco público en un cálculo actuarial de largo plazo. Así lo resume Moreno Lovera (2010):

Las reformas que introdujo la ley 797 conducen a las siguientes conclusiones: 1, elimina los regímenes de excepción que consagran la ley 100/93, preparando el camino legal para la derogatoria de las pensiones especiales más adelante en el Acto Legislativo 01/05; 2, en el art. 2 se hace obligatoria la afiliación a todos los trabajadores dependientes e independientes a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones; 3, autoriza el traslado de un régimen a otro cada cinco años, pero impide el traslado del afiliado cuando le faltaren diez o menos años para la edad de pensión; 4, crea la cuenta del subsistema del Fondo de Solidaridad Pensional —FOSYGA— para dar subsidio a las personas de indigencia o pobreza extrema; 5, establece como única variable el factor de semanas cotizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados o sea que la pensión obedece únicamente a semanas cotizadas en el RPM o del capital acumulado en el RAIS; 6, fija el carácter privado y de destinación exclusiva de los recursos de las pensiones tanto en el RPM como en el RAIS, porque no pertenecen a la Nación ni a las entidades que los administran; 7, introdujo la concertación en pensiones de los agentes en todos los niveles; 8, no se permite la afiliación múltiple ni a los dos regímenes, empero, se plantea la necesidad de una reforma a este aspecto; 9, establece la afiliación obligatoria de todo trabajador al fondo de libre elección incluyendo los trabajadores de Ecopetrol; 10, crea el fondo de solidaridad pensional y los subsidios pensionales según disponibilidad presupuestal; 11, la obligación de cotizar surge con la afiliación, tanto para el patrono como para el trabajador independiente y sólo cesa cuando el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente; 12, la base para calcular las cotizaciones no puede ser inferior a un SMLMV ni superior a 25 SMLMV, para salarios integrales será el 70 % del salario mensual y tratándose de afiliados sin vinculación laboral, cotizan sobre lo que declaren ante la entidad afiliadora

## •Pensiones y negociación colectiva•

sin que sea inferior a un SMLMV; 13, la reforma del artículo 9° es regresiva porque viola el principio de retroceso [...]; 14, el párrafo 3 del art. 9° reiteró la justa causa de terminación de trabajo por el reconocimiento de la pensión de vejez y la inclusión en nómina; 15, el parág. 4° del art. 9° crea dos modalidades de pensión: a) la pensión especial de vejez por deficiencia personal, b) la pensión especial de vejez para la madre o padre trabajador por hijo(a) inválido; 16, la tasa de remplazo que introduce el artículo 10° afecta la mesada pensional que es regresiva para el pensionado porque obedece al principio que a mayor ingreso menor tasa de remplazo y, por ende, menor valor de la mesada inicial; 17, el art. 12° introduce un elemento diferenciador cuando la muerte de afiliado mayor de 20 años se causa por enfermedad común o accidente; 18, el art. 13° trata las temática de la pensión por invalidez unificando los requisitos e introduce tres modalidades de pensión: a) vitalicia para cónyuge o compañero permanente que haya procreado hijos con el pensionado o sea mayor de 30 años, b) la pensión temporal para cónyuge o compañero permanente menor de 30 años con hijos del causante, y c) la pensión compartida entre cónyuge y compañera, si hubiere convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante; y 19, se crea el Fondo de garantía de pensión mínima del RAIS (pp. 202-205)<sup>196</sup>.

En el mejor de los casos, las medidas adoptadas por la Ley 797 facilitan —cuando no impelen— privatizar las ganancias del negocio de las pensiones —o más bien de su administración— mientras se socializan sus pérdidas. Dado que las medidas contenidas en la Ley 100 de 1993 suponían unos costos agregados o unos desestímulos para la rentabilidad presente de los fondos privados, fueron retiradas del ordenamiento por medio de su reforma para favorecer el sector financiero. Un ejemplo evidente de los intereses que pretendía salvaguardar

.....  
196 La justa causa de terminación de trabajo prefigurada por la reforma recalca lo afirmado por el numeral 14 del Artículo 62 del CST modificado por el Artículo 7 del Decreto Ley 23651 de 1965. La pensión especial por deficiencia exige un mínimo de 55 años de edad y de 1.000 semanas cotizadas en cualquier régimen. La pensión especial de vejez por hijo(a) inválido requiere el número de semanas exigido para cada año en el RPM, pero no tiene mínimo de edad. La reforma introducida por el Artículo 12 amplía los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar básico del pensionado que fallezca y a los miembros del grupo básico familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando este afiliado sea mayor de 20 años y haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos años anteriores al fallecimiento. En muerte causada por enfermedad o accidente común, el afiliado debe haber cotizado un 20 % de las semanas transcurridas entre el cumplimiento de sus 20 años y su muerte. Los requisitos adicionales (Corte Constitucional, 2009) se redujeron a cumplir 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la muerte, ya que las condiciones de los literales a) y b) del numeral 2 del Artículo 12 de la Ley 797 fueron declarados inexecutable. De otra parte, con la sentencia de exequibilidad condicionada (Corte Constitucional, 2008d), se dispuso que la compañera recibiría una cuota parte en proporción al tiempo convivido y la otra cuota parte corresponderá a la cónyuge. La creación del fondo de garantía para el RAIS pretende una pensión mínima de 110 % de SMLMV para los afiliados que hubieran cumplido la edad y no menos de 1.150 semanas, pero no les alcanza el capital para una pensión mínima en este sistema ni puede seguir cotizando, por lo que el fondo ha de completar la parte que haga falta para obtener la pensión de vejez.

la reforma de la Ley 797 de 2003 es que cuando se declaró la inexecutable por vicios de procedimiento de su artículo 11 (Corte Constitucional, 2003a), el Gobierno Legislador sancionó la Ley 860 del mismo año (Congreso de la República, 2003b); originalmente, contenía dos factores regresivos: cotización y fidelidad al sistema, que más adelante fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional (2009a), ya que, en clara intención de beneficiar a las AFP, se disponía a hacer más exigentes los requisitos para acceder a la pensión de invalidez aun a costa de dictar medias regresivas en materia de seguridad social<sup>197</sup>.

Es más, como el propósito de las reformas no es otro que hacer más atractivo el negocio de las pensiones, pero existen limitaciones de orden constitucional en cuanto al monto mínimo pagadero (un SMLMV), el fisco asume aquí un papel activo —a *contra natura* incluso de la ideología neoliberal del Estado mínimo— consistente en que, como recuerda Cortés Hernández (2006), “las personas que perciben ingresos inferiores al SMLMV podrían [o más bien, tendrían que] ser beneficiarias del fondo de solidaridad pensional, a efectos que éste le complete la cotización que le faltare para completar dicho monto” (p. 126). Mejor dicho, la expectativa más halagüeña sería la caridad estatal, siempre y cuando se cuente con el presupuesto necesario para un sistema tal y con un carné de miserable o de excluido social que facilite el acceso a una asistencia social semejante. Esta, por cierto, no tiene una expectativa realista de financiamiento futuro, dada la muy remota posibilidad de implementar un sistema de seguridad universalista en

197 “Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. (Aparte tachado inexecutable) Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20 %) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-428/09, M. P. Mauricio González Cuervo, mediante Sentencia C-727/09 M. P. María Victoria Calle Correa, que consideró el numeral executable, salvo el aparte tachado declarado inexecutable). 2. (Aparte tachado Inexecutable) Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20 %) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-428/09). Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75 % de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años” (Congreso de la República, 2003b).

•Pensiones y negociación colectiva.

Colombia, con todo y que los ajustes financieros al sistema hayan sido la piedra de toque de las reformas en comento.

Para el entonces Ministerio de Protección Social, las Leyes 797 y 860 de 2003 consiguieron aliviar el déficit pensional por el aumento en la tasa de cotización formal y la disminución de beneficios del RPM; en términos del porcentaje del PIB, se pasó de un valor presente neto/PIB de 191 a 2007 —durante el período de vigencia original de la Ley 100 de 1993— a uno de 166 en el marco de la Ley 797 de 2003 y de 148 tras el advenimiento del Acto 01 de 2005 (Muñoz *et ál.*, 2009).

La impronta común de las reformas fue caracterizar el gasto social, el sindicalismo y la negociación colectiva como un conjunto de parásitos que desangraban el fisco. El desequilibrio financiero que agotó las reservas del ISS durante 2004 —del que se responsabilizó, entre otros, a la mesada catorce y a las pensiones extralegales— no pudo ser contenido con las medidas extensivas del Artículo 4 de la Ley 797 ni aún con la obligatoriedad de las cotizaciones por “contrato de prestación de servicios” con base en el IBC, ya que la presión sobre el presupuesto nacional para 2004 rondaba los 9,1 billones de pesos para el pago de pensiones de vejez.

La reforma contempló un límite máximo de cotización de veinticinco salarios mínimos (Congreso de la República, 2003a, art. 5), para salir al paso de las onerosas mesadas de los regímenes especiales que desangran todavía el fisco nacional<sup>198</sup> y también procuró afinar los requisitos para tener derecho a la pen-

.....  
198 “En promedio las personas que están afiliadas al sistema pensional perciben pensiones de 1,8 salarios mínimos (964.080 pesos) y hay millones de personas que ni siquiera están afiliadas. En cambio hay otras que perciben pensiones superiores a los 25 salarios mínimos. En Colombia se generan mesadas que promedian los 17 millones de pesos, que reciben unas 2.400 personas jubiladas privilegiadas, que tienen en crisis al Ministerio de Hacienda y a varias administradoras de pensiones que existen en el país. Hasta los colombianos que no cotizan para su propia pensión ponen dinero para pagar las jubilaciones. Congresistas, altos funcionarios de la Rama Judicial y militares son los privilegiados [...]. En el caso de los congresistas, de acuerdo con estadísticas del Fondo de Previsión Social del Congreso (Fonprecón), de 2.250 pensionados, 870 fueron parlamentarios y 300 ocuparon cargos como funcionarios de alto nivel. Las mesadas generosas que están por encima de 10 salarios mínimos, son el 60 por ciento del total. En Fonprecón, se paga una de las pensiones más altas del país, de 29'316.086 pesos, y la recibe mensualmente un colombiano que ni siquiera fue congresista, sino secretario de comisión [...]. En la Rama Judicial, la situación es aún más ostentosa. Cálculos realizados por especialistas indican que el dinero aportado no alcanza para cubrir esas mesadas. Un magistrado empieza a cotizar a los 35 años, se pensiona a los 55. Cotiza el 11,5 por ciento. A los 55 años tienen 731.146.966 pesos (contando con tasa de capitalización de 5 por ciento y tasa de renta de 4 por ciento). Esto alcanza para una pensión de 2.939.146 pesos mensuales. Si la pensión fuera de 13.000.000 de pesos, el capital necesario sería de 3.233'902.656, es decir 4,42 veces lo que cotizó. La situación de las pensiones onerosas hasta ahora es imparable, porque está dentro de lo legal. No existe una ley que establezca un régimen de jubilación para la Rama Judicial, solo un decreto que señala que se les aplicará lo mismo que a un congresista. La desigualdad financiera la reponen todos los colombianos, hasta los 15 millones de personas que



sión de vejez instituidos por el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República, 2003a, art. 9)<sup>199</sup>; no obstante, continuó “buscando el ahogado río arriba”, pues las causas reales del déficit persistían y persisten<sup>200</sup>. Para el CID de la Universidad Nacional, al contrario de lo que oficialmente se ha sostenido (bajo nivel de cotización de los trabajadores de 4,5 %; los altos beneficios otorgados a los mismos; insuficientes aportes de la Nación; aumento de la esperanza de vida y

---

trabajan en la informalidad y ni siquiera están cotizando para su propia pensión. El costo anual de pago de pensiones por parte del Estado es de 26 billones de pesos y sigue subiendo. Es el equivalente a lo que se recaudó en el país por IVA interno en el 2010, es decir, hasta los 15 millones de trabajadores informales, que ni siquiera cotizan para su propia pensión, aportan allí porque consumen y pagan IVA. Las cuentas para pensionar a los privilegiados están mal hechas y no se puede retroceder en materia de leyes y cada vez más las pensiones onerosas obtenidas vía sentencias, se seguirán extendiendo a más beneficiarios” (Morales, 2011).

199 Los requisitos establecidos por el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión eran: la edad —55 años si es mujer y 60 si es hombre— y las semanas cotizadas —1.000 en cualquier tiempo—. Además, el parágrafo 1 del mismo Artículo traía las siguientes reglas para el cómputo de las semanas cotizadas: se suman las semanas cotizadas en los dos regímenes, el tiempo total en el servicio público remunerado; el tiempo de servicio con empleadores que tienen a cargo el reconocimiento y pago de pensión siempre que la vinculación laboral este vigente a 1 de abril de 1994 o se inicie con posterioridad a esta fecha; el total de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado que asumieron la pensión. En los casos de los literales c) y d), para que se tengan en cuenta las respectivas semanas cotizadas o que se debieron cotizar, es preciso que el empleador o la caja trasladen la suma correspondiente a satisfacción de la entidad administradora, con base en el cálculo actual pertinente. “La reforma de la ley 797, de otra parte, ratifica los requisitos de edad, pero la reforma incrementa en el RPM el número de semanas mínimas a partir de 1° de enero de 2005 hasta el año 2015, lo que conlleva también a modificar la edad en algunos casos [...]. *El artículo 9 de la ley 979 introduce dos factores que retardan, o mejor aplazan, la época de disfrute de la pensión de vejez. a) a partir de del 1° de enero de 2024 aumenta la edad techo en dos años para la mujer y el hombre; b) a partir de 1° de enero de 2005 aumenta el número mínimo de cotizaciones a 1050 y a partir de 1° de enero de 2006 en 25 semanas subsiguientes hasta llegar a 1300 en el año 2015, lo que en la práctica implica aumentar en seis años las cotizaciones, para lo cual o tiene que comenzar a cotizar a una edad más temprana o pensionarse más tarde, por encima de edad tope, a los 66 años hombres a 61 mujeres y 1.300 semanas implican 26 años de trabajo cotizado. Esto demuestra que es regresiva la reforma para el elemento personal del sistema pensional, porque no deja tiempo suficiente de disfrute de la pensión frente a las esperanza de vida de 74 años para la mujer y 70 para el hombre, lo cual es contrario a los fines de la seguridad social y de la OIT [aunque pueda ser beneficioso para el sistema financiero]*” (cursivas propias) (Moreno Lovera, 2010, pp. 140, 150).

200 De acuerdo con el Informe de la Misión de Ingreso Público: “El ahorro financiero de los Fondos de pensiones oscila alrededor de \$26 billones, suma demasiado alta que representa un poco más del 12 % del PIB. Muchos de esos recursos se utilizan en operaciones financieras, en particular compra de TES y no en actividades productivas. Al destinarse a las actividades financieras alimenta la burbuja especulativa dando la impresión de que son útiles en el corto plazo, promueven el crecimiento en ese tiempo, pero después cambian la tendencia” (Fedesarrollo, 2003, p. 110). En realidad, una de las principales causas del excesivo gasto público no son los pasivos pensionales, sino la deuda externa del sector público, en particular los intereses que debe desembolsar por el servicio de dicha deuda (ver cuadro No. 2 Anexo estadístico del documento citado). Según el cuadro, el Gobierno gasta más o menos un 35 % de su presupuesto en el servicio de la deuda y un 15 % en el pago de intereses, mientras en pensiones un 15 % y transferencias un 16 %. El pago del servicio de la deuda, incluidos los intereses, constituye un buen negocio para los intermediarios financieros y un mal negocio para el país. Además de presionar aumentos apreciables del déficit fiscal, le resta recursos al Estado para atender sus partidas de gasto social y de inversión. Como buen cliente que es, el Gobierno transfiere cuantiosos recursos de los bolsillos de los colombianos a los intermediarios financieros. El aumento considerable del gasto público no debe atribuirse solo a las pensiones, sino sobre todo al servicio de la deuda y a los intereses que hay que pagar a los intermediarios financieros.



de la población en edad de jubilación y disminución de la población trabajadora), las razones están en:

[...] otros factores de peso, como los regímenes especiales y altas pensiones de un grupo privilegiado de beneficiarios, con altísimos costos para la Nación; la Ley 100 de 1993 que disminuyó el número de cotizantes vigentes y futuros y quienes son los que mantienen actualizados los ingresos para cubrir el pago de las mesadas; los recursos de ISS se han colocado en TES del gobierno, sin que esas inversiones hayan retornado a las arcas del ISS. Los pensionados cuestan \$5,4 billones; los cotizantes aportan tan sólo \$2 billones; las reservas y sus rendimientos proveen \$1,7 billones más; lo que da un faltante de \$1,7 billones que debe cubrir el Estado. Como lo ha demostrado Ricardo Bonilla, el mayor responsable de la crisis del sistema es el Estado y no los trabajadores, y lo ha sido por su incapacidad de manejarlo adecuadamente, concediendo pensiones excesivas a los grupos de altos ingresos, particularmente a funcionarios públicos elitistas y también por haber utilizado las reservas del sistema para financiar sus funciones burocráticas con títulos de la deuda pública hasta ahora no reembolsables [...]. Adicionalmente, hay cerca de \$11 billones de pesos de los fondos pensionales del ISS invertidos en títulos de la deuda pública y que el gobierno debería reconocer [...]. Otro aspecto que vale la pena mencionar relacionado con el problema pensional es la alta inequidad y regresividad que caracteriza al sistema: hay pensiones por encima de 20 salarios mínimos legales SML para congresistas, magistrados, militares, expresidentes, exministros y exdirectivos del Banco de la República, mientras que la inmensa mayoría de la población beneficiada, el 90 % de los pensionados, solo recibe entre 1-7 SML. Además, las cotizaciones son bajas para 20 SML y proporcionalmente más altas para salarios inferiores [...] los gastos financieros del gobierno también tienen una cuota de responsabilidad alta en dichos desbalances presupuestarios y ello debido a las enormes transferencias para cubrir el servicio de la deuda, incluyendo la interna a las AFP's. De acuerdo con el informe de la Misión del Ingreso Público, un poco más del 50 % del gasto total del gobierno está comprometido por concepto de esas dos partidas juntas. Como se indicó, los bonos pensionales son transferencias a las AFP's como aportes de las personas que antes de la Ley 100 cotizaban en el antiguo sistema de prima media y decidieron pasarse al régimen de ahorro individual. Según el informe citado, todavía queda por girar demasiado dinero a las AFP's, dinero éste que junto al ahorro pensional individual administrado por las mismas, son colocados en TES emitidos por el gobierno y sobre los cuales éste debe pagar los respectivos intereses que se contabilizan en el rubro servicio de la deuda. Así las cosas, resulta del todo incorrecto imputar o atribuir a los trabajadores beneficiarios de la seguridad social los desajustes fiscales. Son más bien, como lo dice el informe citado, las obligaciones financieras del Estado y transferen-

cias que éste tiene que hacer a los intermediarios financieros por el pago del servicio de la deuda los causantes de dichos desajustes. En consecuencia, no son las mesadas pensionales, ni la edad de jubilación, ni el número de semanas cotizadas, ni la tasa de cotización, los responsables de la crisis del sistema de seguridad social colombiano. El problema se encuentra más bien en el favoritismo de la política económica de privatizar el sistema de seguridad social para enriquecer más a los intermediarios financieros, los cuales encontraron un negocio lucrativo administrando los ahorros individuales de los trabajadores (Giraldo Isaza, 2008, pp. 20-24).

La investigación económica imparcial señala desde hace mucho a la política económica y social de los últimos lustros como el verdadero responsable de la debacle pensional, mas la élite neoliberal ha sabido sacar muy buen provecho de la “sabiduría convencional” respecto a los peligros económicos que están involucrados en el desarrollo del Estado social de Derecho o en la demanda jusconstitucional de derechos prestacionales, habida cuenta de que, cuando se reconoce que entran en colisión los intereses del Gobierno Legislador con el juicio “irresponsable” del máximo ente de control constitucional, si se tiene el capital político necesario, no se ve ningún problema en “meterle mano” a la Constitución, como se ha vuelto habitual en los más diversos temas, por ejemplo, las regalías, la dosis personal de consumo de estupefacientes, las pensiones o el aborto.

La confección del Acto Legislativo 01 de 2005

Como sucede desde hace mucho, el debate sobre las decisiones económicas de la Corte Constitucional —propiciado en buena parte por los sacerdotes de la economía oficial del Ministerio Hacienda, del Banco de la República o del DNP— pone en claro que:

[...] hay una gran distancia entre los valores primordiales para el juez constitucional y los valores con los que los economistas juzgan la bondad de los estados sociales derivados de un fallo. Pues, los economistas atacan decisiones de la Corte basándose en que estas destruyen o perjudican las condiciones bajo las cuales la economía puede funcionar bien e incluso afirman que los jueces toman sus decisiones en base a criterios tan poco técnicos que las medidas que ellos creen que favorecen el goce de derechos en realidad los perjudican (Chaparro, 2009, p. 10).

Sin embargo, ¿será tan contraintuitiva la comprensión adecuada de los mecanismos que garantizan el buen desempeño económico como para que cuando los

jueces toman medidas garantistas o progresistas (también llamadas populistas) estén provocando efectos indeseados? ¿No tiene que comprometerse el economista cuando defiende esta tesis con que la relación entre goce efectivo de derechos y desempeño económico es negativa? Si la respuesta es afirmativa, el economista tecnócrata tiene que admitir que su rechazo, entre otras, a las Sentencias C-754 (que declaró la inexecutable de algunos artículos de la Ley 860 de 2003 relacionados con los ajustes realizados al régimen de transición) y C-409 de 2004 (que extendió el beneficio de la mesada catorce a todas las pensiones) se debe a que dichas decisiones revirtieron los ajustes presupuestales planteados por el Gobierno nacional. Estos generan una carga fiscal adicional que, desde la perspectiva económica neoliberal, es incompatible con el pensamiento oficial que sostiene que los gastos —aun si son en derechos— deben seguir a los ingresos políticamente correctos, es decir, a los que atiendan prioritariamente la estabilidad macroeconómica, financiera y el servicio de la deuda y no al revés.

Lo que aparece en el Acto Legislativo 01 de 2005 no es una justificación sincera de este tipo, sino la ideología neoliberal disfrazada de ciencia, porque al emplear esta estrategia se evita el debate político entre proposiciones económicas alternativas y, así, la posibilidad de la organización y negociación laboral sobre el tema pensional. Armando Montenegro y Rafael Rivas (2005) explican con claridad que la tesis preferida del economista oficial es la recriminación de la irresponsabilidad de las clases trabajadoras organizadas y de los jueces, pues, en su sentir:

[...] el sistema colombiano se ha caracterizado durante decenios por cotizaciones muy bajas, una jubilación prematura, pocos requisitos en cuanto a tiempos de cotización y pensiones altas. Estas deficiencias se han ido corrigiendo, con medidas muy insuficientes. Las edades de jubilación todavía son muy bajas, puesto que el aumento en la expectativa de vida implica que la gente va a recibir pensiones durante más años. Los montos de las cotizaciones también son bajos, en relación con las pensiones futuras. Los subsidios son excesivos y están mal diseñados y mal dirigidos. Y las medidas correctivas sólo surtirán efecto en el futuro lejano [...]. En el año 2005, el Presupuesto tendrá que aportar \$11,7 billones al pago de pensiones del Seguro Social, de la Caja de Previsión y de los demás sistemas públicos. Este equivale al 30 % de los impuestos que se espera recaudar. El sistema, con pensionados que hoy representan el 3 % de la población de Colombia está quebrado [...]. A fin de cuentas, no es claro por qué se debe suponer que hay un vínculo entre ambos conceptos (sala-

rio mínimo y pensión mínima) que prime sobre el vínculo entre el ahorro y el tamaño de la pensión. El salario mínimo tiene una relación teórica con los gastos mínimos para sostener una familia con niños pequeños. En cambio, la pensión la reciben por lo general personas que ya no tienen dependientes a cargo. En realidad, son conceptos diferentes, unidos como recurso político por quienes prefieren mantener los subsidios pensionales altos. En Francia, por ejemplo, la pensión mínima aumentó en el 2003, del 75 % al 85 % del salario mínimo, como contraprestación por aumento del tiempo de cotización a 41 años. En Colombia, en cambio, la pensión mínima es igual al salario mínimo y sólo hay que cotizar veinte años [...]. En particular, al declarar inexequibles algunas de las reformas de la ley 797, la Corte invocó argumentos nuevos, que pueden socavar los instrumentos con que cuenta el Gobierno para desactivar la bomba pensional [...]. Las supuestas restricciones para que el Congreso modifique la Constitución surgen como respuesta a una inquietud extrema. ¿Podría un Congreso, por ejemplo, instituir una dictadura mediante un acto legislativo? ¿Podría adoptar la pena de muerte? Como recurso práctico para desvirtuar estas posibilidades ha hecho carrera la hipótesis de que el Congreso puede modificar la Constitución, salvo en aquellos elementos centrales que la definen. Pero hay una diferencia grande entre querer evitar que se vulneren principios democráticos al establecer una dictadura y alegar que cambios en la manera como se distribuye el ingreso socavan los principios sociales de la Constitución, sobre todo si lo que se quiere es preservar graves inequidades en nombre de una Constitución que se dice progresista [...]. El sistema pensional colombiano constituye un triunfo político de unas minorías privilegiadas y un fracaso de política económica. La reforma pensional sí involucra principios fundamentales de distribución de ingreso pero, contrario a lo que sugiere el presidente de la Corte, el sistema actual no sólo no ayuda a los pobres, sino que los perjudica e impide que el Estado los atienda [...]. El pasivo pensional actual de 187 % del PIB no se va a pagar, porque es impagable [...]. Aun con las condiciones establecidas por la ley 797, condiciones que la Corte consideró inaceptables pues interferían con las expectativas de futuros pensionados, los cotizantes mayores de cuarenta años exigiríamos que nuestros hijos y nietos subsidiaran el 60 % de nuestra pensión. Parecemos empeñados en reformar el sistema pensional actual, estableciendo condiciones razonables para la jubilación de nuestros hijos, luego de haber asegurado nuestras propias pensiones en las condiciones de hoy. Obviamente, ellos estarían tan ocupados pagando nuestras pensiones, que no sería posible que se pensionen. ¿No sería más razonable fijar reglas más severas para someternos a las mismas reglas que impondremos a nuestros hijos? La respuesta debería ser afirmativa [...]. Va a ser necesario cambiar las reglas de juego para todos, incluidos los pensionados actuales, y la sociedad debe sentirse tranquila al saber que reformar el sistema es ineludible y justo (p. 225; 238; 245; 260).

Vistos superficialmente, los argumentos esgrimidos parecerían ser razonables; no obstante, un análisis más profundo hace patente que la postura oficial evita abordar el problema pensional desde una perspectiva macro de política económica, esto es, desde un análisis realista de las circunstancias que rodean el manejo macroeconómico del país —el pago al servicio de la deuda, el diseño de la estructura productiva y fiscal del país, la distribución de los recursos del presupuesto, el elusivo papel social de la dirección autónoma del Banco de la República, las condiciones laborales y el nivel de ingreso de la población en relación con el índice de Gini, etc.—. Evadir dicho análisis permite encontrar culpables, pues responsabilizar a los sectores más débiles de la sociedad y a los “irresponsables” jueces que se han atrevido a defender sus pretensiones es más sencillo que reconsiderar la totalidad de los presupuestos de ortodoxia neoclásica.

En otras palabras, para la “sabiduría convencional” los trabajadores colombianos deberían estar agradecidos por las facilidades y ventajas que tienen para obtener una pensión; además, quienes han alcanzado el estatus de pensionados, deberían darse por muy bien servidos con los montos pensionales obtenidos. Por eso, resulta reaccionario hablar de derechos adquiridos cuando el interés público prima sobre el interés particular, más aún cuando quienes direccionan la política económica saben muy bien qué es el interés público, asunto que ignoran los jueces constitucionales y los trabajadores.

Desde esa óptica, es completamente comprensible y justificado que el Gobierno hubiera empleado lo que Arenas Monsalve (2006) llama “estrategia de elusión constitucional” (p. 317), es decir, el artificio de obtener por medio de una reforma constitucional, tramitada mediante el mecanismo de cooptación o captura política de las mayorías en el Congreso, aquello que por vía de las leyes ordinarias o los medios extraordinarios de participación democrática estaba llamado al fracaso. Se reconocía que muchos de los proyectos o las leyes ordinarias que fueron elevadas a rango constitucional podrían no sortear la criba del juez constitucional o se sabía —como en efecto aconteció con el referendo de 2003—<sup>201</sup> que el constituyente primario rechazaría cualquier medida contraria a sus intereses. Entonces, la

.....  
201 El referendo convocado por el gobierno Uribe contemplaba la cancelación de la llamada “mesada 14”, la limitación de las pensiones y los salarios de los funcionarios públicos y la eliminación casi total de los regímenes especiales; debido a que no alcanzó los topes mínimos del censo electoral, se consideró una denegación popular en las urnas de las aspiraciones del Ejecutivo.

estructura normativa de la estrategia elusiva consistió en adicionar al Artículo 48 constitucional nueve incisos, dos párrafos fijos y seis párrafos transitorios, cada uno de los cuales será tratado en detalle a continuación.

Consigna el inciso 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 que<sup>202</sup>:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas (Congreso de la República, 2005).

En principio, la consagración formal del principio de sostenibilidad financiera del sistema puede parecer una medida económicamente sana, porque es apenas obvio que un sistema pensional desfinanciado no puede materializar derecho alguno. No obstante:

[...] el proyecto de Acto legislativo n° 127/04 Cámara que modifica el artículo 48 de la Constitución, representa el aumento de la agresión del capital financiero monopolista contra los trabajadores [pues] el énfasis en la generalización del ahorro individual y en la sostenibilidad financiera rompen con el espíritu de la seguridad social, al dejar reducida esta institución a un mero mecanismo de ahorro individual con derechos contractuales y bajo la voraz administración del sector asegurador privado (MNSSS y Corporación para la salud popular, 2006, citado en Moreno Lovera, 2010, p. 220).

El temor expresado por el MNSSS no es incidental, sino que se hizo palpable durante el proceso de confección legislativa del Acto 01, como cuando se motivaron los proyectos acumulados, en su momento, 034 y 127 de Cámara que disponían que el inciso 1 quedaría: “Con el fin de garantizar los derechos a las generaciones presentes y futuras deberá procurarse la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social”. Argumentaba el entonces ministro de Hacienda, Alberto Carrasquilla, que:

En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir

.....  
202 Originariamente fue presentado como proyecto de Acto Legislativo 34 de 2004 Cámara.

como principio constitucional la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas como las que podrían producirse de no adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso y el presente proyecto de Acto de legislativo (Carrasquilla y Palacio, 2004, p. 13).

Es evidente que la tesis oficial se guarecía en la amenaza “o se acepta la reforma o viene la debacle del sistema”, fundada en la evolución del déficit operacional por pensiones a mediano y largo plazo que había sido presentado en la exposición de motivos de la reforma que resultó en la expedición de la Ley 860 de 2003, ligeramente variada por efectos de recálculos del PIB y ajustes de las cuentas fiscales, que tenía como fuente la Dirección General del Presupuesto Público Nacional y el DNP (Congreso de la República, 2004a; 2004b). Los argumentos actuariales y operacionales que apoyaban el supuesto argumento científico-económico del Ministerio habían sido producidos por entes dependientes del Ejecutivo y no por centros académicos de investigación imparcial.

No es de extrañar, entonces, que con el transcurso de los debates se agregaran algunas “arandelas” al inciso para calmar varios de los miedos que propiciaba la redacción original del mismo. Como ejemplo, en la ponencia para primer debate de los Proyectos de Acto Legislativo Acumulados 034 y 127 de Cámara se anotaba que:

[...] si bien se debe propender a la sostenibilidad financiera del sistema, dicha norma no podría interpretarse en el sentido de que se pudiera disminuir el valor de las mesadas reconocidas conforme a la ley para lograr la sostenibilidad, pues el valor de las mismas es un componente del derecho adquirido [...] queremos los ponentes dejar salvaguarda expresa en la norma constitucional para evitar que futuras decisiones frente a eventuales crisis fiscales lleven a una reducción en el valor de las mesadas pensionales (Devia, 2004a, pp. 3-4).

**Cuando el Senado analizó el caso, los ponentes precisaron que:**

[...] si bien se debe propender a la sostenibilidad financiera del sistema, dicha norma no podría interpretarse en el sentido de que se pudiera disminuir el valor de las mesadas reconocidas [...]. Ello, sin omitir los descuentos y deducciones que la ley ordena practicar sobre mesadas pensionales, como son los aportes a la solidaridad o los descuentos para el pago del Sistema de Seguridad social en salud [...] queremos los ponentes dejar salvaguarda expresa en la norma constitucional [...] sin impedir

los citados descuentos, por lo cual se hace necesario precisar que tales descuentos o deducciones sí pueden tener lugar (Uribe y Vargas, 2004, p. 7).

Como se observa, en el seno de las dos cámaras del Congreso ya existía en primera vuelta un acuerdo tácito de aceptación de la tesis del Gobierno, posición que se repitió en las ponencias para primer y segundo debate de la segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 127 acumulado al proyecto 34 Cámara y 11 de 2004 Senado. Las consideraciones de los ponentes sobre los cambios que se introducirían al inciso se compendiaron en una nueva redacción conciliada<sup>203</sup> que no tocó el fondo del tema, sino que se ocupó de la filigrana en la escritura del texto, ya que los argumentos esgrimidos en las exposiciones de motivos correspondientes en ambas cámaras fueron casi los mismos.

En cierto sentido, parecería haber existido un manual desde el Ejecutivo para el Legislador, pues hasta las fuentes de respaldo para soportar la reforma fueron exactamente las mismas (Echeverry *et ál.*, 2001). También fue igual la actitud displicente que asumieron las dos cámaras a las recomendaciones o sugerencias de los participantes en las audiencias públicas convocadas —en Cámara, el 17 de marzo de 2005 y en Senado, el 23 de mayo del mismo año— para “dar participación a la ciudadanía en el trámite del proyecto”. Aunque los participantes en dichos foros, con la única excepción del representante de Asofondos (la asociación de los fondos privados de pensión), se opusieron con argumentos al proyecto de Acto Legislativo, sus opiniones no fueron tomadas en cuenta<sup>204</sup>, lo que demuestra a quién se pretendía beneficiar con la expedición de dicho Acto Legislativo.

.....  
203 El texto propuesto en primer y segundo debate cámara quedó: “El Estado garantizará los derechos pensionales, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley **y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo**. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional **de lo establecido en ellas**”. Los apartes en negrilla fueron agregados y aceptados para los cambios conciliados en Cámara y Senado (Rojas, 2005; Devia Arias, 2004b; Actas de Conciliación Senado y Cámara, 2005).

204 Además de unos pocos particulares, en ambas audiencias participaron los representantes de la Confederación de Pensionados de Colombia, la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, la Confederación General del Trabajo, la Federación Colombiana de Educadores, la Comisión Colombiana de Juristas, la Unión Sindical Obrera, la Federación Nacional de Pensionados Portuarios, el Sindicato del Seguro Social, la Asociación Colombiana de Tránsito Aéreo, funcionarios del Inpec, un grupo de personas próximas a pensionarse y la Asociación de Administradores de Fondos de Pensiones.



Acerca del inciso 2 —en principio fue considerado parte del 1, pero después se redactó separadamente—, los comentarios no son distintos a los del caso anterior. La redacción final del inciso quedó:

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

No obstante, hay que agregar que pese a que la garantía de intangibilidad e irreductibilidad de la pensión —de acuerdo con el principio del Artículo 53 constitucional— no parece agregar nada al texto constitucional, pone en ciernes una amenaza. En todo el Acto Legislativo no existe una obligación para los fondos privados de pagar o garantizar una pensión mínima en el hipotético evento de un descalabro o quiebra de dichos fondos, puesto que esta obligación la asume el Estado. Por tanto, esta medida le sirve al sector financiero privado para reducir el riesgo:

[A1] manejar directamente el ahorro de los trabajadores, obteniendo ganancias tanto por el cobro de altas tasas administrativas, como por el manejo especulativo de estos recursos y elimina el instrumento de política macroeconómica que tenía el gobierno volviéndolo deudor de esos recursos, con intereses onerosos que deben ser pagados por el conjunto de la población vía impuestos (Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social, 2010 citado en Moreno Lovera, 2010, p. 85).

El inciso 3 resulta muy interesante en cuanto su proceso de confección, ya que todos los elementos esenciales que constituyen lo redactado se encontraban contenidos en apartados distintos en cada uno de los proyectos antecedentes del Acto Legislativo 01. Esto denota que el proceso de “debate” legislativo no hizo otra cosa que sancionar y redituar, en formas y momentos diversos, lo que en principio se planteó en la exposición de motivos. El inciso definitivo sostiene:

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

El inciso resultó de la síntesis de incisos separados de los proyectos de Acto Legislativo 034 y 127 Cámara<sup>205</sup> más la puntualización en los temas de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. En las ponencias para primer y segundo debate tanto de Cámara como de Senado se llegó a la conclusión de “que la redacción original presentada por el Gobierno nacional podría interpretarse que a estas se les estaba adicionando requisitos como el tiempo y edad, tiempos de servicio, semanas de cotización o capital necesario” (Piñacué y Rojas, 2004, p. 1). Empero, ello no afectó la aceptación del Legislador de los “motivos” esgrimidos por los ministros de Hacienda y Protección Social, quienes sostenían:

[...] el presente Acto legislativo busca asegurar que el sistema pensional colombiano sea equitativo para todos los colombianos, para lo cual señala que a partir de 2008 los requisitos y beneficios pensionales serán lo que establezca la ley del Sistema General de pensiones. El proyecto además busca evitar que el régimen de pensiones se vuelva rígido e inmodificable, lo cual pone en peligro la sostenibilidad del régimen de pensiones e incluso las finanzas públicas. Para tal efecto se reconoce la competencia del Congreso para modificar el régimen pensional, sin que pueda oponerse expectativas o invocarse derechos adquiridos a un régimen pensional, cuando no se han cumplido los requisitos establecidos por la ley para adquirir tal derecho (Piñacué y Rojas, 2004, p. 1)<sup>206</sup>.

La tesis subyacente en la exposición del Gobierno es que los elementos estructurantes del estatus de pensionado (edad, tiempo de servicio, semanas cotizadas o capital acumulado y demás condiciones señaladas por la ley) eran permisivos respecto a un conjunto de “parásitos del sistema” que, de forma inequitativa ante el resto de colombianos, se servían de los beneficios del fisco. Al entender del Ejecutivo, son unos “derechos adquiridos” que en realidad no existen, porque la calidad de pensionado hace referencia al momento en el que el afiliado adquiere

.....  
205 Originalmente, los dos proyectos indicaban: “**Los requisitos y beneficios** pensionales para todas las personas **serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones**. No podrá dictarse disposición alguna o invocarse acuerdos de ninguna naturaleza, para apartarse de lo allí establecido. **Para adquirir el derecho a una pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de cotización y las demás condiciones que señale la ley**. Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, con excepción del aplicable a la Fuerza Pública, ni pensiones obligatorias a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes”. Apartes en negrilla empleados en la confección del inciso 3 en comentario (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 1).

206 En la exposición de motivos, se sustenta que la jurisprudencia constitucional garantiza que la organización del Sistema de Seguridad Social, incluidas las pensiones, es de reserva del Legislador (Corte Constitucional, 1996b; 2007b).

•Pensiones y negociación colectiva•

la condición de tal, es decir, solo cuando se reúnen todos los requisitos; así, la pensión deja de ser una expectativa y se causa o convierte en un derecho exigible.

Lamentablemente, según Cortés Hernández (2006):

[...] en nuestro medio la mayor parte de las veces, uno es el momento en que el afiliado cumple con los requisitos para acceder a la pensión; otro aquel en el cual se lleva a cabo el reconocimiento de tal calidad por parte de la entidad respectiva; y otro muy posterior, aquel en que el pensionado entra a percibir su mesada pensional [...]. Pese a los permanentes llamados de atención de las altas cortes a las entidades encargados del reconocimiento de pensiones, entre el primer y último momento aquí mencionados aún en la actualidad puede transcurrir un considerable y en ocasiones excesivo lapso, dado el engorroso trámite a que se ven sometidos los afiliados, no obstante que al éstos concurrir ante la entidad pensional ya hayan cumplido los requisitos establecidos en la ley (pp. 145-146)<sup>207</sup>.

Ni el Gobierno ni el Legislador se percataron de esta circunstancia en el momento de estudiar el Acto Legislativo. Como manifestó en el inciso 9 del mismo Acto, lo importante es que “la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”, no para las pensiones obtenidas con el pleno de los requisitos legales.

Es más, como en la interpretación de la libertad cuasiabsoluta de configuración legislativa que el Ejecutivo le da al Congreso para regular el sistema general de pensiones, en cierta medida respaldada por la jurisprudencia constitucional<sup>208</sup>, pueden presentarse cambios. No es del todo absurdo el caso de un afiliado que, tras cumplir la edad, pero sin tener las semanas cotizadas o el capital —o a la inversa—, no puede hablar con propiedad de derechos adquiridos. Es perfectamente posible que el Legislador varié los requisitos, las reglas y las condiciones de pensión y que, por no tener todas simultáneamente, en un mismo plano

.....  
207 Cortés Hernández (2006) emplea un ejemplo para llegar a la conclusión de que a un afiliado al ISS le llevaría en promedio —en un proceso no muy extraordinario— algo así como cuatro años, desde el momento en el que adquiere el estatus de pensionado hasta cuando es incluido en la nómina de la entidad encargada de su pago. Semejante situación, en nada extraña para quienes ya obtuvieron la calidad de pensionados, ha tenido como efecto la creación de una amplia red de abogados tramitadores que, con estrategias lícitas e ilícitas, le sacan provecho a la burocratización del sistema pensional.

208 Al declararse inhibida para fallar sobre el inciso 3 del Acto Legislativo 01 de 2005 por ineptitud de la demanda, la Corte Constitucional (2007g) respalda una postura conservadora.

de igualdad, no podría constituir derecho adquirido, sino solo mera expectativa, legítima en unos casos e ilegítima en otros. Peligro en nada deleznable para la pensión de vejez, no así para la de invalidez y sobrevivientes<sup>209</sup>, debido a la interpretación restrictiva que el Legislador hace de los pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de que:

[...] los derechos adquiridos son situaciones individuales y subjetivas, no colectivas, obtenidas e instituidas a favor de sus titulares durante el tiempo de vigencia de la ley, no que estén próximos a ello: momento en el cual se habla de expectativas legítimas que son de cobijo del régimen de transición correspondiente<sup>210</sup>.

Según el legislador, esta perspectiva es la interpretación adecuada del inciso 4 del Acto Legislativo que estipula: “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, el cual solo reitera uno de los principios clásicos del liberalismo económico, fundamento de la estabilidad jurídica de la propiedad y de los “genuinos derechos adquiridos” con justo título. En materia pensional, esto se traduciría en la situación objetiva estructurada por el lleno total de los requisitos de la ley vigente y no por meras expectativas, aun en los casos en los que la entidad pensionante lleve a revisión o revocatoria la pensión “reconocida con abuso del derecho”, de acuerdo con el inciso 9.

.....  
209 Moreno Lovera (2010) afirma que “se conserva y remite a los requisitos y beneficios de la ley 100/93 y sus reformas cuando se trate de pensiones de invalidez y sobrevivencia, esto es, sin régimen de transición, pues estas se regulan, reconocen y liquidan con base en la normatividad vigente a la fecha en que se estructure la incapacidad superior al 50 %. En cambio, cuando se trata de pensión de sobrevivientes, ya sea por muerte del pensionado o muerte del afiliado quien ha cumplido los presupuestos de tiempos de servicio o de semanas cotizadas en el RPM o de capital en el RAIS, necesarios para adquirir la mesada, se debe reconocer, liquidar y pagar conforme a la legislación bajo la cual se estructuró y no con la nueva ley, que puede llegar a desconocer derechos adquiridos o expectativas que son al decir de la Corte Constitucional amparables a través de la institución de la transición. Lo que se respeta allí son los derechos adquiridos o en vías de constituirse en materia pensional (en sobrevivencia se aplican las normas del Sistema General de Pensiones, arts. 47 y 74 ley 100/93)” (pp. 222-223).

210 La Corte Constitucional ha dicho que los derechos adquiridos son “aquellas *situaciones individuales y subjetivas* que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, *han instituido* a favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se *ha obtenido* bajo la vigencia de una ley posterior” (cursivas propias) (Corte Constitucional, 2000i). Sobre los regímenes de transición, la Corte indicó: “la creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo o de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, **por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo**” (negritas propias) (Corte Constitucional, 2004b). En el mismo sentido, puede verse Corte Constitucional (1996a; 1997a; 1997b; 2002a).

De acuerdo con esa lectura, antes que pretender un carácter emancipador, los dos incisos anteriores tienen un dejo reaccionario, lo que se hace mucho más evidente en el inciso 5 que fue redactado así:

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

Dicho inciso, como otros tantos, no sufrió muchas variaciones durante el trámite legislativo; en realidad, prácticamente ninguna, salvo que entre una y otra legislatura o ponencia en las vueltas respectivas en Cámara y Senado, así como en las conciliaciones, cambió de orden y se le agregaron o retiraron algunas palabras en la presentación del Acto. Por ejemplo, aparecía como 2 inciso en el acumulado Acto Legislativo 34 y 127 Cámara (Carrasquilla y Palacio, 2004a; 2004b; Devia, 2004a) y en ponencias para primer y segundo debate del Acto Legislativo 11 Senado, aceptado en Ponencias para primer y segundo debate, que: “Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido” (Uribe *et ál.*, 2004, p. 1)<sup>211</sup>. Mientras, cambió de lugar y se ubicó como inciso 4 en el Informe de ponencia en Cámara al Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, 11 Senado, debido a que:

[...] se mantiene el texto conciliado y de lo aprobado en quinto debate por la Comisión Primera Cámara, eliminando la expresión “*Salvo los derechos adquiridos*”, teniendo en cuenta la modificación que se propone como inciso tercer, trasladando esa salvedad a dicho inciso para no repetirla en cada inciso” (Actas de Conciliación Senado y Cámara, 2005, p. 9).

Circunstancia esta última que llevó a que en el Acta de Conciliación del inciso 5 que en la numeración del Senado corresponde al inciso 4° de Cámara, se acogiera la redacción del Senado y se precisó la afirmación aclarativa “incluidos

.....  
211 En el caso de la Ponencia para primer debate —segunda vuelta— al Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, 11 Senado, el inciso cambió de lugar y aparece como 3, con la justificación de que “se mantiene la redacción del texto conciliado, adicionando la expresión ‘salvo los casos de derechos adquiridos’, tal y como lo había aprobado la Cámara en la primera vuelta, para dejar claramente establecido que a quienes se hayan pensionado bajo condiciones diferentes no se les modificara su pensión” (Devia, 2004b, p. 11).

los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo” en el lugar que finalmente ocupó (Devia *et ál.*, 2004)<sup>212</sup>.

Es claro que durante el estudio del inciso en comento hubo un acuerdo casi unánime en el Congreso, pues se aceptó dócilmente la tesis del Gobierno, soportada en que:

[...] las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el sistema de seguridad social. Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del sistema y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias. En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores pero que

212 La aclaración “los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo” obedeció a que en el Decreto 1295 de 1994 la legislación señalaba que actividades de máximo riesgo para la salud o de sufrir un accidente eran aquellas que manejaran, procesaran o comercializaran sustancias tóxicas, cancerígenas, autógenas, teratógenas, explosivos y material radioactivo; las que tuvieran procesos de trabajo mecanizado complejo de extracción, perforación, construcción, fundición, altas y bajas temperaturas; las dedicadas a la generación, transformación y distribución de energía, excepto actividades propias como minería, demolición, manejo de explosivos y demás que tuviesen algún tipo de peligro para quienes la ejercieran. Debido a la carencia de garantías para actividades que ponían en riesgo tanto la vida como la salud de quien las desempeñaba, el Decreto Ley 2090 de 2003 definió: “[...] aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo”. En el Artículo 2 instituye como principales: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de control de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes. 6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios. 7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Asimismo, el personal que labore en las actividades señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la Fuerza Pública. Con ello se delimitaba un margen de protección para esas actividades que conllevan un riesgo inminente y daba garantías para él y para su familia, en caso de fallecimiento. Se excluyeron muchas actividades que son de alto riesgo para el trabajador como los manejos de la explotación minera a cielo abierto, la construcción y demolición, el transporte de valores, actividades que expongan a altos niveles de ruido, entre otras. Los pocos beneficios que el Decreto 1281 de 1994 concedía para acceder a la pensión de vejez (edad límite 55 años, 500 cotizaciones especiales) comenzaron a desmontarse con el Decreto Ley 2090 de 2003, que incrementó las semanas de cotización especial a 700 y exigió haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es decir, 1.250 semanas. Esto es rematado con el inciso 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 que, en la práctica, hace inocua la categoría de actividad de alto riesgo para los afiliados, pero no así para las entidades pensionantes que tienen en sus filas un buen número de cotizantes que quizás morirán antes de adquirir el estatus de pensionado.

•Pensiones y negociación colectiva.

terminan recibiendo pensiones superiores a las del resto de los colombianos, con montos mayores a los 25 salarios mínimos, sin que en la mayoría de los casos hayan realizado cotización alguna, lo que implica cuantiosos subsidios (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 13).

La posición del Ejecutivo, como ya se tuvo oportunidad de mostrar desde una perspectiva económico-política autónoma, se funda en “medias verdades”, pues si bien había que poner fin al caótico sistema de las cajas de previsión y a las normatividades y los derechos insulares que carcomían el sistema pensional colombiano, no es cierto que las organizaciones de trabajadores fueran los agentes de la corrupción y el desangramiento del sistema. Son los pocos regímenes especiales existentes —y en especial sus élites— los que continúan defraudando el sistema y no los trabajadores. Asimismo, es el modelo económico el que impele el incremento de los impuestos y la extracción del capital-ahorro de los trabajadores que van a parar a las AFP para que estas terminen financiando al Estado con títulos de deuda pública, pero no para hacer gasto social, sino para continuar alimentado el sistema financiero multilateral y no los pocos pensionados ordinarios.

Sin embargo, como el trámite legislativo es un proceso de negociación política de entradas y salidas, no un consenso constituyente sobre mínimos, la posición gubernamental se repitió, entre otras tantas ocasiones, en la ponencia para segundo debate del Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, que sostuvo que el comentado inciso:

[...] desarrolla el principio de equidad, pues dispone que todas las personas tendrán los mismos requisitos y beneficios pensionales, siendo estos los establecidos en el Sistema General de Pensiones, y estableciendo la prohibición de dictar disposiciones en contrario, así como invocar acuerdos de ninguna naturaleza que lo desconozcan (Devia, 2004).

Esta posición también resultó acogida por el Senado, aun cuando en la segunda ponencia principal Plenaria se llegó a plantear (Ponencia al Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, 11 Senado) la contraposición a dicha tesis, que finalmente fue derrotada:

[...] hoy día se pretende modificar la Constitución para hacer lo que no pudo la ley y para de paso acabar con los precedentes del juez de constitucionalidad sobre estos temas. Se argumenta la insostenibilidad financiera y la falta de equidad y se identifican los regímenes especiales y el régimen de transición como puntos cardinales

de la problemática. Aun cuando el gobierno no presenta cálculos actuariales claros, la necesidad de sanear el sistema se impone, pero sin afectar el bloque de constitucionalidad que lo soporta; por eso queremos decir que con relación al régimen de transición no estamos de acuerdo con retrotraerlo a fechas anteriores a las previstas en la ley que lo creó [...]. Nos parece que hacia el futuro, igualmente, no se pueda decretar pensión superior a 25 salarios mínimos, y que las convenciones y pactos colectivos de trabajo sí puedan ocuparse del tema pensional pero teniendo como techo de negociación máximo los requisitos generales de la ley de pensiones (Piñacué y Rojas, 2004, pp. 3-4)<sup>213</sup>.

La posición de los senadores referidos fue valerosa, mas sus argumentos fueron dejados de lado por las mayorías. Ya en la misma ponencia sustitutiva para segundo debate del Acto Legislativo 11 Senado desapareció toda referencia a las modificaciones y se volvió sobre la posición oficial, apoyada ahora con el argumento jurisprudencial de la Corte Constitucional (2003c), que declaró exequible la pregunta 8 del referendo, en el entendido de que:

“[...] el derecho a la negociación colectiva no puede ser considerado absoluto, por lo que es razonable que el Estado pueda limitarlo para salvaguardar la propia viabilidad financiera del sistema general de pensiones. Por ello, la Corte considera que es compatible con el derecho a la negociación colectiva, tal y como se encuentra desarrollado por los tratados internacionales de derechos humanos, que la ley fije un marco general en que se desenvuelva la negociación colectiva, tal y como lo hace el numeral 8”. Como resulta obvio, de la mera lectura de la sentencia antes mencionada, la Corte ha señalado que el Estado puede limitar la negociación colectiva en asuntos que estima indispensables para salvaguardar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones [...] por lo cual con mayor razón puede el constituyente mediante un acto legislativo establecer tales limitaciones, como se hace mediante el proyecto analizado (Corte Constitucional, 2003c).

En resumen, la tesis gubernamental encontró refuerzo antes que debate en el Congreso sobre este último particular, al punto de que, con un inteligente empleo de la jurisprudencia, inhibió a la propia Corte para pronunciarse sobre este inciso,

.....  
213 Bajo el razonamiento indicado, los senadores propusieron en el pliego de modificaciones al proyecto de Acto Legislativo que el inciso comentado quedara: “Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los acuerdos, pactos o convenciones colectivas que se celebren en materia pensional, los cuales deberán respetar los requisitos y límites señalados en las leyes del sistema General de Pensiones”.



•Pensiones y negociación colectiva.

como se detallará adelante<sup>214</sup>. Establecido constitucionalmente el origen legal de las pensiones, no se volvieron a escuchar voces en defensa de la negociación colectiva de los trabajadores en dicha materia, lo que vino a ratificar el parágrafo 2 del mismo Acto Legislativo, pues: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

De la mano del parágrafo transitorio 3<sup>215</sup>, además de fijar un lapso a la posibilidad de la negociación colectiva en pensiones, mejor dicho, una fecha de defunción a este derecho, esta aclaración pone una talanquera al recurso de la pensión-sanción. No hace que desaparezca el instituto, sino que se limita el recurso de los tribunales para alegar “derechos adquiridos” en cuanto a requisitos y condiciones para tener derecho a la pensión en términos diferentes a los fijados en las leyes de Seguridad Social General en pensiones<sup>216</sup>.

214 La Corte Constitucional (2007f; 2007g; 2006c) se declaró inhibida para fallar sobre este el inciso por ineptitud de la demanda.

215 “Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso, perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

216 No es que haya desaparecido la pensión-sanción, sino que se ha reencausado su objetivo. El Artículo 133 de la Ley 100 de 1993 define como pensión sanción al evento en el que el trabajador que no ha sido afiliado al Sistema General en Pensiones por omisión de su empleador y es despedido sin justa, tras haber laborado para este durante diez o más años y menos de quince, de forma continua o discontinua, antes o después de entrar en vigor la mencionada norma, tiene derecho a que lo pensionen desde la fecha de su despido, si para entonces ha cumplido 60 años de edad para el caso de los hombres o 55 para las mujeres o desde la fecha en que la adquiera, siempre que sea con posterioridad al despido. La justa causa que puede tener un empleador corresponde a un hecho que surge de un acto personal de una parte en el contrato; ese acto, el que al constituir causa, genera el incumplimiento de la obligación laboral y, por ende, es un hecho que conduce a la terminación justa del contrato. El parágrafo 1 del Artículo 37 de la Ley 50 de 1990 expresa que si el trabajador está afiliado al Sistema General en Pensiones, pero no alcanza a completar el número mínimo de semanas para obtener la pensión mínima de vejez, bien porque la entidad administradora, privada o pública no amplió su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador desde el inicio o durante la relación laboral, será el empleador quien sufragará los gastos relativos a las cotizaciones que faltan para que el trabajador adquiera tal derecho. Por tanto, el castigo ya no es solo por despedir injustamente a un empleado que cumpla con los requisitos de la norma, sino también por no afiliarlo al Sistema General de Pensiones o por hacerlo tardíamente. En relación con la petición subsidiaria por pensión proporcional, la Ley 50 de 1990 instituye que en los casos en los que el trabajador sea despedido sin justa causa luego de quince años de servicios, afiliado por su empleador al fondo administrador de pensiones, será este y no aquella quien pagará al mencionado fondo el valor de las cotizaciones que faltan para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez. Respecto a ello, la Corte Suprema de Justicia (1995) señaló que dicha prestación persigue, ante todo, que el trabajador a quien se le ha vulnerado su estabilidad en el empleo luego de prestar servicios al mismo empleador por más de diez años no quede desamparado en su vejez. La pensión-sanción prevista para

Ahora bien, si el inciso anterior suponía un marco prohibitivo en cuanto a requisitos y beneficios para tener derecho a la pensión que era un marco temporal, el inciso 6, de la mano del parágrafo 1, del Acto Legislativo 01/05 define un marco prohibitivo en cuanto a los montos y topes mínimo y máximo de las mesadas pensionales<sup>217</sup>. Indican los apartes en comento:

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

Parágrafo 1°. 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.

Aunque existe unidad temática en el inciso y el parágrafo referidos, en la medida en que se busca mantener lineamientos iguales en la aplicación de los parámetros de liquidación al instituir un piso mínimo para la totalidad del Sistema General de Pensiones y un techo para el caso del sector oficial dado por la aclaración “con cargo a recursos de naturaleza pública”, los elementos definitorios son cuatro.

El primero se refiere a la unificación del factor salarial como determinante para la liquidación del monto de las mesadas pensionales mediante los Artículos 127 a 132 del CST (modificados por la Ley 50 de 1990), 18 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 4 de 1992 sobre régimen salarial oficial. Es un punto que solo viene a desarrollarse en el pliego de modificaciones al proyecto presentado en el Informe

---

los empleados no afiliados al régimen de seguridad es de carácter prestacional y no es un castigo impuesto al empleador. El empleador tiene ante sí varias alternativas dispuestas por el ordenamiento y que, en líneas generales, consisten en continuar pagando las cotizaciones que faltan para que el trabajador acceda a la pensión de vejez, no pagar esas cotizaciones y responder por la cancelación de la pensión sanción durante la vida del trabajador o conmutar la pensión con el seguro social.

217 Contra el inciso 6 y el parágrafo 1 se promovieron varias demandas, por lo que la Corte Constitucional (2006c; 2007f) se declaró inhibida para fallar sobre estos dos casos por ineptitud de la demanda. En el caso particular del inciso 6 (parcial), también se declaró inhibida por ineptitud de la demanda (Corte Constitucional, 2006c) y más adelante (Corte Constitucional, 2007h) declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-178 de 2007, “que declaró exequible el inciso sexto del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2005, por el cargo de violación del principio de consecutividad”. En cuanto al parágrafo 1 (parcial), también se declaró inhibida por ineptitud de la demanda (Corte Constitucional, 2006b).

de ponencia para primer debate, segunda vuelta, al Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, 11 Senado, debido a que en las redacciones anteriores este punto se sobrentendía supuestamente de la prohibición “los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas” y de la exigencia “Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir”. Empero, como los tiempos para dar por finiquitados los regímenes especiales se encontraban aún en negociación y subsistía bajo la legislación de las cajas de compensación el hábito de aumentar las mesadas con la suma de factores como vacaciones, primas de antigüedad, horas extras, dominicales y festivos, viáticos, etc. durante el último año de cotización, existía la amenaza de usar la transición como el chance final para obtener la máxima mesada pensional posible. Como se adujo en el informe referido:

*La redacción (Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones) remplace el inciso sexto conciliado, que equiparaba el mínimo vital salario mínimo. Teniendo en cuenta que el artículo 53 de la Constitución remite al estatuto del trabajo la tarea de definir la remuneración mínima vital y móvil, no resulta conveniente hacer esta definición en otro lugar de la misma Constitución. El gobierno nacional al proponer esta equiparación buscaba evitar que por medio de sentencias judiciales se otorgaran pensiones que no se ajusten a lo cotizado ni a los factores señalados por la ley 100/93, y se llegara incluso a aceptar factores para liquidar la pensión [como] las cuotas de sostenimiento de clubes y gastos suntuarios. Teniendo en cuenta este objetivo, la comisión de ponentes, luego de reunirse con los señores Ministros de Hacienda y protección Social, conseguimos esta redacción que, por una parte evita que por otras vías se liquiden pensiones sin consultar lo establecido por la ley 100 y sus reformas, y por otra evita la contradicción de establecer el mínimo vital en la Constitución, cuando es el Estatuto del Trabajo el que debe hacerlo (Devia, 2004b, p. 11).*

Como se infiere, el segundo elemento definitorio del inciso sexto hace referencia a la separación conceptual entre los conceptos de mínimo vital y pensión mínima. Tal separación no era aceptada por el Gobierno, en atención a que, recuerda la ponencia para segundo debate cámara del Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado, en otras disposiciones:

[...] el Gobierno Nacional explica que la razón de incluir un mínimo vital para efectos de pensión, tiene que ver con los continuos fallos de la Corte Constitucional, y algunos jueces donde se establecen mínimos vitales diferentes según se trate de cada caso, teniendo en cuenta las necesidades individuales y particulares de cada persona.

Ya que estos fallos atentan contra el principio de igualdad y equidad, y en desarrollo de la correspondencia que debe haber entre los aportes, esto es, el ahorro del ciudadano durante su vida laboral y el valor de la mesada pensional debería quedar incluido este precepto constitucional para evitar interpretaciones en el mismo. Sometido a consideración de la comisión en el texto aprobado (Devia, 2004, p. 3).

La razón para que, pese a que en principio el mismo Gobierno hubiese intentado incluir el concepto de mínimo vital unido al salario mínimo, pero que fuera él mismo el que impulsara la exclusión del primer concepto, fue que la Ponencia en Comisión Primera Senado —segunda vuelta— al Proyecto de Acto Legislativo 127 y 034 acumulado Cámara, 11 Senado, puso en claro que la interpretación constitucional original del mínimo vital en pensiones era progresista y no regresiva<sup>218</sup>, esto es, obligaba constitucionalmente a que el Sistema General de Pensiones atendiera las mismas con un criterio cualitativo que, en todo caso, supondría mesadas superiores al SMLMV, es decir, que la propuesta gubernamental podría interpretarse en beneficio de los ciudadanos. Esto explica que dicha posición resultara rechazada en Plenaria Senado y sacada de la discusión en las Actas de Conciliación. Se dejó el aparte: “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente” y no se volvió a nombrar el engorroso concepto de “mínimo vital”.

Ello le garantizaba al proyecto una apariencia garantista para los trabajadores y pensionados colombianos, aun cuando su verdadera motivación era de carácter financiero; empero, como el aparte referido no era lo suficientemente beneficioso para las entidades pensionantes, sobre todo para las AFP, se decidió incluir un tercer elemento. En realidad, era una excepción o aclaración eufemística,

.....  
218 En la ponencia se indicaba que “en el articulado aprobado en primer debate las diversas políticas llegaron a un acuerdo en el cual se consideraba que el mínimo vital para efectos pensionales debía restringirse al monto establecido en el salario mínimo [...]. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha establecido un criterio fijo en cuanto al contenido material del mínimo vital, ni ha establecido una regla general fuera de decidir que es un mínimo de condiciones de carácter material” (Sent. SU-225/98. M.P. Eduardo Cifuentes y T-325/99. M.P. Fabio Morón Díaz), que se ‘trata de garantizar las condiciones materiales más elementales o las condiciones mínimas para la subsistencia’ (Sent. T-458/97. M.P. Eduardo Cifuentes y T-202/95. M.P. Antonio Barrera Carbonell). Lo anterior ha posibilitado que la Corte determine el contenido del mínimo vital en cada uno de los casos particulares que trata y no lo identifica con una suma de dinero. Es claro, que la Corte no identifica el contenido del mínimo vital con el salario mínimo como se desprende de la lectura de las sentencias SU-995/99 y T-156/00 [...] por lo anterior los ponentes hemos decidido volver a la propuesta hecha por los ponentes en Primer debate Cámara, permitiendo, como es debido, que sea el juez quien defina qué significa mínimo vital para efectos pensionales, ya que han sido los jueces constitucionales, los que con su interpretación de las normas y de los hechos, quienes han logrado que el Estado se acerque a sus ciudadanos, dando respuestas y soluciones efectivas a sus necesidades vitales” (Rojas, 2005, p. 1-2).

•Pensiones y negociación colectiva.

especificada así: “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”. Tal salvedad apareció a última hora, pues buscaba resolver dos puntos<sup>219</sup>: primero, respaldar el supuesto logro garantista de un piso mínimo pensional, al poner un límite a las indemnizaciones sustitutivas de los Artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100, pues dicho ahorro terminaba siendo dilapidado por las personas que ya cumplieron con la edad reglamentaria, pero no pudieron tener ni el capital necesario en el RAIS ni las semanas cotizadas en el RPM para pensionarse, lo que los ubica en una situación peor a la que llevaban durante su vida laboral. De ahí que los beneficios económicos periódicos (BEP), forma de devolución a plazos de lo ahorrado, surgieran como una forma de cubrir algunas de las necesidades básicas de una gran parte de la población —o que las propias personas se las cubrieran, según lo ahorrado— y así garantizar que, sin violar la Constitución, este sector no exigiera al Estado pensiones no contributivas<sup>220</sup>.

.....  
219 Una muestra evidente es que el representante Pompilio Avendaño Mendoza, en su explicación del voto al proyecto de Acto legislativo 034, 127 Cámara y en calidad de miembro de la Comisión de Conciliación, dijo: “[...] este inciso, el sexto, no fue objeto de los ocho debates y aprobación conforme lo establecen los artículos 157 y 375 de la Constitución, porque se incorporó en la segunda vuelta en la comisión primera de Cámara, con lo cual se viola el principio de consecutividad [...]. Además se observa que el establecimiento de unos beneficios económicos para personas que no reúnan las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión, quebrantan y vulneran la unidad de materia, porque la materia dominante de adición al artículo 48 de la carta, corresponde a la Reforma Pensional [...]” (Devia *et ál.*, 2004, p. 3).

220 Aunque la propia Constitución y la Ley 1250 de 2008, en su Artículo 2 como párrafo agregado a la Ley 100 de 1993, exigen que el Estado desarrolle esquemas de protección económica —de asistencialismo de Estado— para adultos mayores desprotegidos sin posibilidad de pensión, este es el momento en el que todavía no se ha formalizado cómo se pondrá en práctica. A lo que se refiere la Ley 1328 de 2009 (Ley de Reforma Financiera) es a los BEP como un mecanismo para forzar a los ciudadanos al ahorro en el sistema financiero, no para asegurar algún derecho prestacional como los presentes en los sistemas de seguridad social universal. Indica el Artículo 8 de la Ley: “Beneficios económicos periódicos. *Las personas de escasos recursos que hayan realizado aportes o ahorros periódicos o esporádicos* a través del medio o mecanismo de ahorro determinados por el Gobierno Nacional, incluidas aquellas de las que trata el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007 *podrán recibir beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo*, de los previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005, como parte de los servicios sociales complementarios, una vez cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que hayan cumplido la edad de pensión prevista por el Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones. 2. Que el monto de los recursos ahorrados más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima. 3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.

Parágrafo. Para estimular dicho ahorro a largo plazo, el Gobierno Nacional, con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y teniendo en cuenta las disponibilidades del mismo, podrá establecer incentivos que se hagan efectivos al finalizar el período de acumulación denominados periódicos que guardarán relación con el ahorro individual, con la fidelidad al programa y con el monto ahorrado e incentivos denominados puntuales y/o aleatorios para quienes ahorren en los períodos respectivos. En todo caso, el valor total de los incentivos periódicos más los

Segundo, asegurarles a las AFP que por ningún motivo tendrían que hacerse socialmente responsables del pago de cargos asistenciales, pues los BEP son contribuciones que no entran en el rango del negocio de las pensiones, sino en el de la asistencia pública; tras la supresión del concepto de mínimo vital, están pensados como una alternativa para “garantizar” un ingreso a los adultos mayores amenazados por la indigencia y que, como los propios fondos reconocen, son la gran mayoría de los colombianos que, según los cálculos actuariales, sin la ayuda del Estado no podrán llegar a una pensión mínima o, en su defecto, a los BEP<sup>221</sup>.

denominados puntuales que se otorguen no podrán ser superiores al 50 % de la totalidad de los recursos que se hayan acumulado en este programa, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Los incentivos que se definirán mediante los instructivos de operación del Programa Social Complementario, denominado Beneficios Económicos Periódicos, deben estar orientados a fomentar tanto la fidelidad como la cultura del ahorro para la vejez. En todo caso, el ahorrador sólo se podrá beneficiar del incentivo periódico si cumple con los requisitos establecidos en los numerales anteriores y ha mantenido los recursos en el mecanismo a la fecha de obtener un Beneficio Económico Periódico, salvo el caso de los incentivos aleatorios. Como mecanismo adicional para fomentar la fidelidad y la cultura del ahorro, el Gobierno determinará las condiciones en las cuales los recursos ahorrados podrán ser utilizados como garantía para la obtención de créditos relacionados con la atención de imprevistos del ahorrador o de su grupo familiar, de conformidad con la reglamentación que se expida para tal efecto. También se podrá crear como parte de los incentivos la contratación de seguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte del ahorrador, cuya prima será asumida por el Fondo de Riesgos Profesionales. El pago del siniestro se hará efectivo mediante una suma única. Los recursos acumulados por los ahorradores de este programa constituyen captaciones de recursos del público; por tanto el mecanismo de ahorro al que se hace referencia en este artículo será administrado por las entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. El Gobierno Nacional podrá establecer el mecanismo de administración de este ahorro, teniendo en cuenta criterios de eficiencia, rentabilidad y los beneficios que podrían lograrse como resultado de un proceso competitivo que también incentive la fidelidad y la cultura de ahorro de las personas a las que hace referencia este artículo. Con las sumas ahorradas, sus rendimientos, el monto del incentivo obtenido y la indemnización del Seguro, cuando a ella haya lugar, el ahorrador podrá contratar un seguro que le pague el Beneficio Económico Periódico o pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad. Todo lo anterior de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, siguiendo las recomendaciones del Conpes Social” (cursivas propias).

221 Colombia tiene cerca de 4 millones de personas mayores de 60 años. De ellos, solo 1,5 millones tienen pensión, 500.000 son atendidos con el programa del Adulto Mayor y cerca de dos millones viven en condiciones de indigencia. De quienes están cotizando hoy, se estima que entre un 40 % y un 45 % no va a alcanzar a cumplir los requisitos de pensión en términos de semanas cotizadas y no podrá acceder a una pensión mínima. Por eso se aprobó el Artículo 87 de la Ley 1328 de 2009 y se creó un sistema de ahorro voluntario para la vejez, dirigido a los cerca de 9 millones de colombianos que hoy ganan menos de un salario mínimo, que están en la informalidad y que no tienen posibilidades de llegar a cumplir los requisitos de semanas cotizadas para pensionarse. Como sugieren Castro y otros autores (2009), ni siquiera la ideología económica oficial cree en las posibilidades realistas de pensión para un trabajador promedio colombiano. “[...] en Colombia subsisten bajos niveles salariales, así por ejemplo, un hombre del primer decil de ingresos recibe un promedio de 0,51 SMLMV, mientras una mujer del mismo decil obtiene 0,53 [...]. Es posible apreciar que para las mujeres la brecha de ingreso promedio es 0,78 entre decil y decil, mientras que para los hombres es de 1,01 SMLMV. Adicionalmente, la densidad acumulada de salarios estimada para 2007 permite concluir que, de acuerdo con la información de los FPO (fondos de pensiones obligatorias) procesada por el DNP, cerca de un 88 % de la población en Colombia alcanza salarios promedio entre cero y cuatro SMLMV, y un 67,2 % obtiene salarios entre 0 y dos SMLMV, donde sólo un 12 % de los asalariados hace aportes al FSP [...] así, para un portafolio, caracterizado por altos retornos y alto riesgo, teniendo en cuenta que cada decil corresponde a un 10 % de la población, los resultados señalan que, en promedio, los hombres que

Acerca del último elemento de esta parte del Acto Legislativo, el párrafo 1 referido al tope máximo de 25 SMLMV para pensiones “con cargo al erario”, o sea, del sector oficial o a cargo de entidades en las que el Estado tenga participación, cabe resaltar que durante su proceso de confección existió un acuerdo pluri-partidista casi total. De suerte que, aunque no formaba parte del primer proyecto presentado (34 de 2004 Cámara), su contenido no varió durante el trámite de la reforma constitucional. No obstante, se presentaron dos posturas bien diferenciadas frente al momento preciso de su entrada en vigencia. Una, en la que curiosamente convergían Gobierno y oposición, abogaba por la aplicación automática de la medida tras la fecha de publicación del Acto Legislativo. Otra, conformada por los sectores políticos tradicionales de las más distintas tendencias, defendía un aplazamiento en la fecha de entrada en vigencia de esta mediada con el objeto, claro está, de asegurar las legítimas expectativas cercanas, entre otros, de la propia élite política.

Muestra clara de las dos posturas son, de una parte, el pliego de modificaciones al proyecto de Acto Legislativo 11 Senado, presentado por los senadores de oposición, que señalaba en el párrafo 1: “A partir de la fecha no podrán decretarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública” (Uribe *et ál.*, 2004, p. 6) y, de otra parte, la postura expresada en ponencia —sustitutiva— para segundo debate del proyecto de Acto Legislativo 034 y 127 acumulado Cámara, que aprobó en Comisión Primera: “Párrafo 2°. A partir del 31 de diciembre de 2010, no podrán decretarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”. Se justificaron así:

[...] en desarrollo del principio de equidad estuvimos de acuerdo con el Gobierno en fijar un tope máximo a las pensiones. Aunque el Gobierno insiste en la aplicación in-

---

se encuentran en los cuatro primeros deciles y aquellos que están en la parte baja de la distribución del quinto decil, no podrán obtener una pensión mínima, un SMLMV, y por sus bajas densidades de cotización, no cumplirán con las semanas requeridas (1.325) para tener derecho a la garantía de pensión mínima (GPM) [...]. En el caso de un portafolio conservador, caracterizado por un retorno y riesgo bajos, genera pensiones menores que las del portafolio agresivo. La pensión más alta promedio que podría recibir un hombre del decil de ingresos más alto es de 3,88 SMLMV, mientras las mujeres llegarán a 1,93 SMLMV. [...] como resultado general, y asumiendo que no hay cambios significativos que permitan mejores niveles de ingreso y mayores probabilidades de cotización, se puede esperar que en cuarenta años, además de las grandes diferencias pensionales entre hombres y mujeres, en el escenario más optimista las pensiones serán bajas, el acceso a la GPM será muy limitado y predominará la devolución de aportes” (cursivas propias) (pp. 378-397).

mediata de esta medida, nosotros, y la mayoría de la Comisión, teniendo en cuenta las razones expuestas bajo el título de régimen de transición sugerimos que esta medida también fuera aplicada sólo a partir del 31 de diciembre de 2010, respetando de esa manera las expectativas cercanas (Devia, 2004, p. 3).

**Idéntica situación se repitió en la ponencia principal para segundo debate del proyecto de Acto Legislativo 11 Senado:**

[...] para los ponentes abajo firmantes era fundamental establecer la fecha de vigencia de esta propuesta como la de la vigencia del Acto Legislativo y no esperar 5 años o más para que esta entre a regir, toda vez que sólo el 20 % de los pensionados están dentro de la categoría de aquellos que reciben más del tope establecido en el proyecto (Piñacué y Rojas, 2004, p. 4).

A ello respondió la Comisión Primera de Cámara en primer debate —segunda vuelta— con la reiteración de: “Parágrafo 2°. A partir del 31 de diciembre de 2010 [...]”. Esta tesis se mantuvo hasta cuando se negoció, tanto en Cámara (pliego de modificaciones para segundo debate en segunda vuelta Acto Legislativo 034 y 127 acumulado Cámara, 11 Senado) como en Senado (ponencia para primer debate segunda vuelta Acto Legislativo 11 Senado, 034 y 127 acumulado Cámara), la reducción en algunos meses y la numeración del parágrafo aprobado y quedó “A partir del 31 de julio de 2010 [...]” (Rojas, 2004, p. 4).

En el inciso 7 del Acto Legislativo 01, en uno de los puntos esenciales de la propuesta gubernamental se prefiguraron las matizaciones y vaivenes de cinco de los párrafos transitorios del mismo Acto, lo que denota el volumen de intereses al regateo a los que finalmente cedió el Ejecutivo<sup>222</sup>. Con los atenuantes y

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

Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010. Parágrafo transitorio 3°: infra. Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.



•Pensiones y negociación colectiva•

las excepciones del caso, mantuvo el inciso redactado: “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”.

Pese a que el interés del Ejecutivo por eliminar todos los regímenes especiales y exceptuados (incluidos los reconocidos en virtud de convenciones o pactos colectivos) fue la piedra de toque de la reforma constitucional, desde la presentación del proyecto de Acto legislativo 034 Cámara, el desmonte no se previó como inmediato<sup>223</sup>. Se sabía, como recuerda Cortés Hernández (2006):

[...] la insistencia, en repetidas oportunidades, del Acto Legislativo en el *respeto por los derechos adquiridos*, sin embargo no era, del contexto de toda la regulación que de él se desprende, el objetivo primordial perseguido por el legislador que era eliminar los regímenes especiales y exceptuados, conservado su vigencia solamente para aquellas personas que hubieren accedido a un mejor derecho bajo la normatividad anterior o estuvieran a cinco (5) años de cumplir con los requisitos exigidos por dicha normatividad (cursivas propias) (p. 159).

La justificación de dicha eliminación, como tantas veces se ha indicado aquí y como en cada una de las exposiciones de motivos se planteó, fue que:

[...] los desequilibrios pensionales eran ocasionados por los regímenes especiales, los exceptuados y algunas convenciones colectivas, los cuales comprometieron en algunos casos la estabilidad misma de las empresas que los concedía [...] la universalidad del régimen de seguridad social, según la Corte Constitucional, presupone la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida y esa garantía sin discriminación solamente puede ofrecerla un sistema unificado que no pueda ser variado por voluntad de un sector de sus titulares [...] por lo anterior es necesario establecer claramente que el régimen

---

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

223 El párrafo transitorio de este primer proyecto indicaba: “La vigencia de los regímenes pensionales o exceptuados expirará a partir del 31 de diciembre de 2007. No obstante lo anterior, el régimen especial del presidente de la República expirará a partir de la vigencia del presente acto legislativo. En todo caso se respetarán los derechos legalmente adquiridos” (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 9).

pensional no se encuentra dentro del ámbito de la negociación colectiva (Carrasquilla y Palacio, 2004a, pp. 6-7)<sup>224</sup>.

Para el Ejecutivo, esta institución era y es el principal factor en la existencia de condiciones y regímenes especiales para la pensión y, en consecuencia, en la distorsión económica del sistema, a *contrario sensu* de los datos ya proveídos.

Dado que el Legislador es uno de los tantos sectores que verían socavados sus intereses con la entrada inmediata en vigencia de este inciso, la discusión de su implementación no se centró en la refutación iusfundamental de sus presupuestos, sino en el momento más adecuado para sancionar una fecha equilibrada de vencimiento y preservar excepciones a las no excepciones<sup>225</sup>. Por ende, no se objetaron los cálculos actuariales, las cifras ni los ejemplos presentados por el Gobierno durante la presentación del proyecto, sino que se repitieron paradigmáticamente en las ponencias primera y segunda de primera y segunda vuelta a los Proyectos 11 Senado y acumuladas 034 y 127 Cámara (Devia, 2004a, p. 6).

De hecho, si bien en varias ocasiones cambió de posición la proposición en comento, en todo el trascurso de configuración del Acto Legislativo 01 de 2005 no hubo discrepancias acerca de la necesidad de la eliminación de los regímenes especiales. De tal modo, desde su entrada en vigencia, solo podrán pensionarse conforme a normas especiales aquellas personas amparadas por el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, los docentes vinculados al sector público educativo con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el presidente de la República hasta el momento de la expiración de dicho régimen el 31 de julio de 2010<sup>226</sup>. Así, queda establecida una limitación consti-

.....  
224 Las mencionadas motivaciones, además, se respaldaban en el ejemplo de varias entidades del orden nacional, cuyo proceso de liquidación, a ojos del Ejecutivo, se debía a las onerosas cargas pensionales especiales que soportaban: Foncolpuertos, Carbocol, Caja Agraria, Idema, Emcali, Universidad del Atlántico y hospitales de la red pública de Santander, entre otras.

225 Ya desde la primera ponencia en Cámara, 034 y 127 acumulados, los representantes coordinados por Javier Ramiro Devia Arias señalaron como pliego de modificaciones una redacción bastante dicente de los propósitos del Legislador: “[...] se crea un texto para el inciso cuarto el cual quedará así: Salvo lo dispuesto en los párrafos del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública” (Devia, 2004a).

226 Al respecto, la Ley 100 de 1993 dispone: “Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (Aparte inicial del inciso en itálica declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-956/01 M. P. Eduardo Montealegre

•Pensiones y negociación colectiva•

tucional para celebrar acuerdos extralegales (pacto, convención, laudo arbitral) que establezca condiciones pensionales distintas para los trabajadores del sector oficial o de entidades en donde el Estado tenga participación, habida cuenta de que los topes ya descritos solo aplican para este sector. Sugiere Andrés González Díaz, senador ponente Plenaria:

La convención colectiva es ley para las partes, entonces el tema debe entenderse bajo dos apreciaciones: la primera, que cuando se trate de convenciones colectivas que comportan recursos públicos, recursos de todos los colombianos, pues la ley sí puede fijar unas pautas razonables para que no ocurran los abusos que se han presentado en los últimos años. La segunda, cuando se trata de patrimonios privados, ¿por qué el

---

Lynett. La expresión subrayada declarada exequible por la Corte Constitucional mediante SentenciaC-665/96 M. P. Hernando Herrera Vergara).

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante SentenciaC-461/95 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, [...] siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar) Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato. Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-173/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Parágrafo 1°. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

Parágrafo 2°. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

Parágrafo 3°. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

Parágrafo 4°. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados. (La Corte Constitucional se declaró Inhibida de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-1187/05, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. 'Inhibición respecto a totalidad de las normas acusadas, en atención a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01/05').

patrono y el trabajador no pueden acordar una negociación colectiva? Por eso es fundamental fijar controles para que esa cuneta no se la pasen al Estado, como ocurrió con la crisis bancaria. En este caso se plantea es que se pueda suscribir la negociación colectiva más allá de la frontera legal, pero obligando al sector privado para que de alguna manera aprovisione o adopte las garantías suficientes para que esa factura no se la pasen al Estado (González, 2005, p. 8)<sup>227</sup>.

**En cuanto al debate sobre la modificación del régimen de transición, resume muy bien Arenas Monsalve (2006):**

El parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01/05 desaparece conceptualmente cualquier discusión imponiendo el desmonte de régimen transicional dispuesto originalmente en la Ley 100. Desmonte sometido a dos reglas básicas: En primer término el régimen de transición pierde vigencia el 31 de julio de 2010. Esto significa que las personas que siendo sujetos del régimen pretendan su cumplimiento, deben cumplir los requisitos (de edad y tiempo) del régimen anterior que les sea aplicable, antes de la fecha señalada. En consecuencia, si cumplen los requisitos antes de esa fecha, pierden el régimen de transición y deberán obtener su pensión conforme a las reglas de la Ley 100. En segundo lugar, la norma constitucional establece una excepción a la regla anterior: las personas que sean sujetos del régimen de transición y además cumplan el requisito de tener cotizadas 750 semanas (o su equivalente en tiempo de servicios) a la entrada en vigencia del Acto legislativo, no pierden el régimen el 31 de julio de 2010, sino que este se extiende “hasta 2014”, de suerte que si cumplen los requisitos pensionales del respectivo régimen anterior hasta el 31 de diciembre de 2014, conservan el régimen de transición; y si los cumplen con posterioridad lo habrán perdido (p. 318)<sup>228</sup>.

.....  
227 En cuanto al derecho de denuncia en el caso de conflictos colectivos de trabajo, la Corte Suprema de Justicia (1996) determinó que “la denuncia patronal de las normas convencionales referentes a salud, pensión o cualesquiera otra reglada por la ley 100 de 1993, sólo implica la armonización obligatoria de las disposiciones convencionales con la normatividad legal, cuando el sindicato o los trabajadores denuncien la convención, pacto o laudo arbitral sobre esos mismos puntos”.

228 La Corte Suprema de Justicia (2008) indicó: “Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005 contempló esta prohibición categórica: ‘A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones’. De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivas de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico. En adelante, sólo el legislador —y dado el caso, el propio constituyente— están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones. Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliciente antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados. Consciente el constituyente de la existencia,

• Pensiones y negociación colectiva.

La presentación de los plazos y la postergación de la entrada en vigencia de la derogatoria del régimen de transición es bastante clara en su confección, más aún cuando deja por fuera de toda duda que el traslado del RPM al RAIS —como declara con sobrada claridad el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993— sustrae a la persona de los requisitos transicionales<sup>229</sup>. No deja de levantar suspicacias cuando algunos congresistas ya habían sugerido que el favorecimiento a un grupo de interés, aunque fuera por un plazo determinado, resultaba incongruente con los principios fundamentales de equidad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad que justificaban la adopción del Acto Legislativo (Corte Suprema de Justicia, 2008). Por esa razón, lo lógico habría sido que tanto los regímenes exceptuados, convencional y de transición, así como los toques a las pensiones, entraran a regir en el momento de la vigencia del Acto, pues los estudios indican que los beneficiarios de dichos regímenes no son las personas de los segmentos de más bajos ingresos de la población ni los menos favorecidos por los subsidios —directos o indirectos— del Estado.

.....

al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos: '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 se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010'. Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las 'reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo', pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales. **No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010**, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto. Desde luego, **la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado** por el Acto Legislativo No. 1 de 2005" (negrillas propias).

229 Esto último se halla sujeto a las condiciones que la Corte Constitucional (2011a; 2011b) estableció para la conservación del régimen de transición por parte de aquellos que se hubieran trasladado en algún momento al RAIS con quince años o más de servicios o cotizaciones: 1) que el capital de la cuenta (descontado el bono pensional) no sea inferior a las cotizaciones que hubiera efectuado de haber permanecido en el RPM, y 2) que dicho capital de la cuenta pensional fuera trasladado al ISS.

Mas como fueron sancionadas todas aquellas excepciones a la derogatoria de las excepciones, no puede dejar de pensarse que el Legislador no pensó en el interés general, sino en conciliar las pretensiones de los grupos de interés con capital político y presencia en las negociaciones presupuestales afines al Ejecutivo. Sacrificó y desconoció de paso la capacidad negociadora de los segmentos más débiles de la población, en términos de capital político y simbólico en la ortodoxia oficial, en aras del “interés general”, paradójicamente. De ahí que, al día hoy, pueda afirmarse que rige un nuevo modelo de pensiones en Colombia, porque como declaró Fabio Arias, fiscal general de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT):

Más de seis millones de colombianos se verán afectados por los cambios que tendrá el sistema pensional, que comenzó a regir a partir de las cero horas del primero de agosto en el país. Manifestó que el grave problema radica en que otros 14 millones de personas que se encuentran en la informalidad no van a tener ningún derecho de pensión. Solamente se mantendrán los sistemas excepcionales de pensiones para las Fuerzas Militares, el Presidente de la República y las llamadas profesiones de alto riesgo. Así las cosas son cerca de 100 regímenes especiales que desaparecen en el país. Y lo más grave del caso es que ya se está hablando de incrementar la edad de jubilación de los trabajadores colombianos a los 65 años debido al incremento en la edad de vida (Caracol Radio, 2010a).

Otro punto incuestionado en el proceso de “confección” del Acto Legislativo 01 de 2005 fue el tema de la eliminación de la decimocuarta mesada pensional<sup>230</sup>, prefigurado en el inciso 8 y su corolario, así:

.....  
230 La mesada fue establecida por el Artículo 142 de la Ley 100 de 1993 para las pensiones causadas antes del 1 de enero de 1988 como una forma del restablecer el poder adquisitivo y el desequilibrio de las mismas, pero cuando sus limitaciones se declararon inconstitucionales, se convirtió en norma general para todas las pensiones. La Ley 100, en su Artículo 142, dispone: “Mesada adicional para actuales pensionados. los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del instituto de seguros sociales, así como los retirados y pensionados de las fuerzas militares y de la policía nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

Parágrafo. esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión *sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual*. Las expresiones tachadas del Artículo fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional (1994d). En las Sentencias C-126 de 1995, C-054 de 1995, C-030 de 1995 y C-529 de 1996, la Corte Constitucional dispuso “estarse a lo resuelto” en la Sentencia C-409 de 1994. El texto del parágrafo en cursivas fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-529 de 1996.

•Pensiones y negociación colectiva.

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

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año<sup>231</sup>.

En este punto fue total y explícitamente declarada la estrategia de la “elusión constitucional” del Ejecutivo, amparada por las consecuencias económicas negativas fruto del “irresponsable juicio” del máximo juez constitucional. Esto puso sobre la mesa el credo particular del Ejecutivo, presente casi desde la promulgación de la Carta Política de 1991, sobre sus relaciones con la Corte Constitucional, que mira como una institución poco formada económicamente, antidemocrática y antitécnica y, por lo mismo, incauta en el momento de pronunciarse sobre aspectos que, aunque no son de su competencia, según la doctrina político-económica oficial reseñada, terminan siendo decididos por ella<sup>232</sup>. Se repite en varias ocasiones en las exposiciones de motivos y las ponencias del Acto Legislativo, sobre el caso particular en comento:

La necesidad de establecer la eliminación de la decimocuarta mesada a través de un acto legislativo resulta fundamentalmente de la doctrina de la Corte Constitucional sobre la materia y el derecho al régimen de transición. En efecto, por sentencia C-409 de 1994, la corte Constitucional declaró inconstitucional por razón del principio de igualdad que se hubiera limitado dicha mesada pensional a las personas cuyas pensiones se hubieran causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988 [...]. Este

.....  
231 El inciso 8 y el parágrafo transitorio 6 son quizás los apartes del Acto Legislativo 01 de 2005 que más demandas de inconstitucionalidad han recibido, pero dadas las características de los cargos de las mismas, ninguna ha prosperado. Esto por cuanto la Corte ha decidido “estarse a lo resuelto” en su jurisprudencia sobre la materia, en la cual se declaró inibida para conocer por cargos relativos a vicios de procedimiento, participación ciudadana, transparencia, vicios de forma o sustitución de la Constitución por ineptitud de las demandas.

232 Varias veces se adujo en las exposiciones de motivos que “haber extendido la mesada catorce a todas las pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (C-409/94) generó un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales [...]. El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1 billones de pesos. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones de eliminación se reducirá el déficit operacional acumulado en 12,9 % del PIB, entre los años 2004 y 2050” (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 8).

argumento podría conducir a que la Corte Constitucional considerara inconstitucional cualquier restricción a través de una ley de dicha mesada a las personas que se pensionen en el futuro. Adicionalmente, las dificultades de eliminar la decimocuarta mesada surgen también de la sentencia C-754 de 2004. En efecto, en dicha sentencia la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 860 por vicios de procedimiento y razones de fondo. En relación con estas últimas, la corte precisó que las personas que se encuentren en Régimen de transición tienen derecho al mismo. Lo anterior puede conducir a interpretar que forma parte del régimen aplicable a las personas en transición el derecho a la decimocuarta mesada [...] las circunstancias anotadas hacen necesario que la Constitución disponga claramente que las personas que adquieran el derecho a pensionarse a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo no tienen derecho a la decimocuarta mesada pensional (Devia, 2004a, p. 5).

En resumen, el argumento que se mantuvo durante todo el trámite del Acto Legislativo 01 de 2005 y que no fue controvertido por ningún sector presente en la corporación (el texto “las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece mesadas pensionales al año” no sufrió modificación alguna ni en Cámara ni Senado en cualquiera de las vueltas) es, paradójicamente, una salida por la tangente al dilema del control constitucional sobre la sostenibilidad financiera del sistema que trae su propio régimen especial y de excepción (el prefigurado por el párrafo transitorio sexto). De ahí que se hubiera visto la necesidad de excluir cualquier posibilidad de dicho control con la introducción constitucional de la precisión: “[...] se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”<sup>233</sup>. En sana lógica, debería haber sido de orden legal, pero de haberse dejado a una ley, un decreto o cualquier otra reglamentación, daría pie al control constitucional.

Puesto que ya se hicieron algunas precisiones sobre la aplicabilidad del último inciso del Acto Legislativo 01 de 2005, el inciso 9, solo resta agregar que dicha constitucionalización de los Artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003 establece, sin decirlo directamente, un procedimiento gubernativo y otro judicial para

.....  
233 Solo en el pliego de modificaciones al proyecto de Acto Legislativo 11 Senado, segunda ponencia Plenaria, segunda vuelta, apareció la mencionada aclaración, que fue acogida sin discusión en las actas de conciliación respectivas. Las Actas reconocen: “[...] se acoge el texto del Senado de la República, toda vez que en la redacción de esta corporación se incluyó una aclaración que complementa lo aprobado en Cámara de Representantes” (Devia *et ál.*, 2004, p. 2).



la revisión de las pensiones a cargo de las entidades públicas —aún en proceso de liquidación—; como ya se comentó, no son pocos los casos en los que se han obtenido pensiones mediante el uso o abuso de medidas excepcionales como la tutela, usada, paradójicamente, por los sectores menos vulnerables de los trabajadores tanto públicos como privados. Como tantas veces se ha sostenido aquí, la tesis de la incorruptibilidad y transparencia del mercado no es más que una falacia de la ideología neoliberal que la realidad económica mundial se ha encargado de denunciar desde la crisis de 2007 a 2008.

#### La construcción de una antinomia

Como se advirtió desde los preliminares de este trabajo, la reforma constitucional del Artículo 48 de la Carta desató un fenómeno lógico-jurídico denominado antinomia:

El Artículo 55, inciso 1, de la Constitución instituye: “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley”.

Por su parte, el parágrafo 2 del Artículo 48 de la misma Carta, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, es del siguiente tenor:

A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

Parágrafo transitorio 3°. 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.

Desde el punto de vista de Constitución cerrada (esto es, en el entendido de sistema autopoiético), la primera norma reconoce la negociación colectiva en todas las áreas, con las limitaciones de ley referidas a ciertos empleados públicos y

bajo ciertas condiciones para ellos<sup>234</sup>, pero no hay prohibición en cuanto a asuntos de negociación colectiva o alusión alguna a que dicho tema sería objeto de reglamentación alguna. En ese sentido, cuando la norma afirma “con las excepciones que señale la ley”, se sobreentiende que, dada la jerarquía del texto constitucional frente a las leyes, estas pueden desarrollar o reglamentar el derecho-garantía, pero no cercenarlo. Se exceptúa a quiénes se reconoce a plenitud el mentado derecho-garantía y a quiénes no. Como se advierte en el caso del Decreto 1092 del 24 de mayo de 2012, dicha normativa reglamenta el cómo de las excepciones al derecho-garantía para quienes no se aplica a cabalidad sin negar el derecho, pues de hacerlo, supondría que una ley podría, de hecho y derecho, eliminar una disposición constitucional que se supone *erga omnes*. Por ende, el derecho-garantía se entiende para todos los trabajadores, mientras las excepciones se refieren a las limitaciones para un grupo particular de los mismos, como los empleados públicos y las fuerzas militares.

En contraste, los dos párrafos citados —también con rango constitucional— presentan una negación al derecho de negociación colectiva, en exclusiva en el campo de las condiciones pensionales y limita para todos los trabajadores la garantía-derecho, es decir, lo cercena. La disposición no es una excepción al recurso de la cláusula convencional “para regular las relaciones laborales” respecto a algún tipo particular de trabajador, sino que más bien es la negación para todos los trabajadores de una materia perteneciente a la órbita de las relaciones laborales, esto es, las condiciones (de tiempo, edad, etc.) y los porcentajes que

.....  
234 Recientemente se ha formalizado el particular para el caso de los empleados públicos, esto es: “El Ministerio de Trabajo acaba de reglamentar los términos y procedimientos que regirán la negociación entre las entidades públicas y las organizaciones sindicales de sus empleados. El Decreto 1092 del pasado 24 de mayo de 2012 permite negociar las condiciones laborales de estos trabajadores, pero no temas como la estructura organizacional; plantas de personal; competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; procedimientos; carrera administrativa ni régimen disciplinario. Las prestaciones tampoco podrán ser concertadas. La norma les garantiza a los empleados públicos el fuero y el permiso sindical, durante el término de la negociación. El procedimiento. Una vez presentado el pliego de solicitudes, su discusión iniciará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la designación de los negociadores de ambas partes y durará 20 días hábiles, prorrogables por otros 10. Si el pliego incluye aspectos económicos, la discusión se realizará teniendo en cuenta la obtención de la disponibilidad presupuestal. Adicionalmente, las partes podrán escoger un mediador, para que proponga fórmulas que lleven a un acuerdo. Al concluir esa etapa, se deberá levantar un acta con los respectivos acuerdos o desacuerdos, y la empleadora expedirá los actos administrativos correspondientes o negará las peticiones, en un plazo no superior a 15 días hábiles. La norma, que da cumplimiento a la Ley 411 de 1997, aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, no aplica a los trabajadores de alto nivel con funciones de dirección, conducción y orientación institucional ni a los uniformados de las Fuerzas Militares y la Policía (Ministerio de Trabajo, Decreto 1092, mayo 24/12)” (“Empleados públicos podrán ejercer”, 2012).

se ocupan de los ingresos salariales del trabajador —en participación con los empleadores— para garantizar la construcción del derecho constitucional a gozar de una pensión.

Así pues, desde una perspectiva cerrada, el texto constitucional presenta una antinomia evidente porque dos disposiciones normativas frente a un mismo asunto prescriben resultados distintos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

El problema de las antinomias o contradicciones internas del ordenamiento jurídico, y específicamente el de las antinomias constitucionales, ha sido abordado usualmente por la doctrina a partir de la connotación de sistema que se predica del ordenamiento jurídico, y que exige la coherencia interna del mismo.

A juicio de Bobbio, “un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, ‘sistema’ equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad. [...] en este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás”.

En virtud del anterior postulado, Bobbio afirma que “el derecho no admite antinomias”, entendiendo por antinomia, propiamente hablando, aquella situación en la que se dan dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento y tienen un mismo ámbito de validez. Para resolver las antinomias acude entonces a ciertos criterios tradicionales, entre los cuales menciona el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Sostiene enseguida, que tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporánea, es decir que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están válidamente incorporadas al sistema. Empero, las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de validez, mas sí de eficacia. Bobbio llama a este tipo de antinomias, antinomias insolubles (Corte Constitucional, 2001a).

Desde esta perspectiva, Bobbio sugiere que, en este tipo de antinomias, el intérprete tiene la posibilidad de eliminar una de las normas, eliminar las dos o conservar las dos y acudir al principio de favorabilidad. Para este caso implica que:

[...] si un mismo precepto da lugar a dos interpretaciones, debe interpretarse la Carta Política con base en el *in dubio pro operario*, según el cual debe prevalecer la interpretación más favorable al trabajador, interpretación que pregona el artículo 53 de la Constitución Política. Esto es, ante la duda acerca del alcance del párrafo 3°, resulta dable interpretarlo bajo el principio *in dubio pro operario* aplicando la interpretación que más favorece al trabajador, lo que representa la concesión de los derechos pensionales caso-a-caso en el evento de su demanda<sup>235</sup>.

Ahora bien, si se entiende la Constitución como norma abierta, la situación de contradicción constitucional se agudiza más, puesto que bajo tal noción, se acepta el reenvío de normas internacionales por medio del bloque de constitucionalidad. El inciso 4 del Artículo 53 de la misma Constitución expresa que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados forman parte de la legislación interna. Entre dichos documentos ratificados por Colombia se encuentran los Convenios 87, 98, y 154 que hacen alusión a la libertad sindical y a la negociación colectiva, sin restricción alguna en cuanto a la materia de la misma, está permitida la negociación colectiva en el ámbito pensional e inclusive por encima del mínimo establecido en las leyes. Estos forman parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha expresado en varias oportunidades la Corte Constitucional.

No obstante, no todo queda en las disposiciones normativas citadas, pues el Artículo 93 de la Carta Política prescribe que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Acerca de la interpretación de la Constitución, la Corte Constitucional (2001b) señaló:

.....  
235 Así se expresó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (2011): “*A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba*” (cursivas propias).

La Constitución es un texto armónico que debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos pretendidos por el constituyente. Esta Corte ya había precisado que la Constitución “ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual. Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicados al caso controvertido, todas las consecuencias —mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales— previstos en la Carta.

En este último sentido, la interpretación sistemática de la Constitución alude a la prevalencia de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su suspensión dentro de los estados de excepción, por un lado y, por el otro, a que la interpretación de los derechos y deberes conforme a los tratados internacionales es de carácter prevalente, más aún cuando los principios del Derecho Internacional, aceptados por Colombia, imponen obligaciones *erga omnes* que se han de aplicar con respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores y las obligaciones que el país ha asumido en materia laboral.

### *Negociación colectiva en el marco de su justiciabilidad*

En días recientes, ha salido a relucir un renovado interés por los derechos laborales y las libertades sindicales de parte del Ejecutivo<sup>236</sup>; sin embargo, sobre la relación de estos tópicos con el tema pensional no ha existido modificación alguna, pues como ya se anunciaba desde la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, la tesis del Gobierno es que el derecho a la seguridad social es independiente del Derecho Laboral, por cuanto:

Para lograr una armonía en materia pensional, la ley 100 de 1993 al desarrollar el precepto constitucional, previó claramente el respeto de los derechos adquiridos “conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo”, pero igualmente dejó claro que ella era “sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias de las partes”. Lo anterior con el claro propósito que las convenciones y pactos colectivos se ajustarán a lo dispuesto a la ley 100 de 1993 y al hecho de que la pensión

.....  
236 El Gobierno acaba de expedir el Decreto 1228, que crea cien cargos de inspector de Trabajo y Seguridad social en la planta del Ministerio de la Protección Social y el Decreto 1227, que modifica la nomenclatura y clasificación de tales empleos (Escuela Nacional sindical, 2010, p. 9).

ya no puede considerarse simplemente una consecuencia de una relación laboral sino una prestación derivada del régimen de seguridad social organizado por el legislador (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 14).

El argumento del Ejecutivo se resume en que el derecho prestacional a la pensión no puede considerarse de forma absoluta como un derecho vinculado con el derecho fundamental al trabajo o a la libertad sindical, así como tampoco es un derecho autónomo al modo del derecho a la salud, sino que solo admite justificabilidad por su conexidad con los derechos fundamentales imperativos, puesto que un mandato de optimización —ahora más con la inclusión constitucional en el Artículo 334 del criterio de sostenibilidad fiscal— requiere de morigeración legislativa según las posibilidades jurídicas y fácticas del caso<sup>237</sup>. De ello se desprende que es posible limitar la negociación colectiva a la posibilidad de pensionarse con cargo a dineros públicos<sup>238</sup>.

La disección de cada uno de los elementos que comprometen este argumento, algunos de los cuales no se declaran de modo explícito en el mismo (bloqueo de constitucionalidad, convenios de la OIT, estándares internacionales, las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de expertos de la OIT, entre otros) será objeto de observación detallada desde la perspectiva multirreferencial que ha perseguido este estudio.

Aquí no se busca defender pretensiones de ningún sector o grupo de interés particular, sino determinar la validez jurídica de las cláusulas convencionales a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 y las posibilidades constitucionales y jurídicas del orden nacional e internacional, para que los trabajadores colombianos puedan ejercer su poder de negociación frente a la posibilidad de “pensionarse” con sustento en dicha cláusula. No por ello se caerá en una visión monodisciplinar viciada del sesgo que, en repetidas ocasiones, se ha denunciado. En los dos apartados siguientes se habla de un orden internacional y un orden interno, mas

.....  
237 Se subraya el aparte de interés modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011: “El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: ‘La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva. El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad”.

238 En Colombia, la negociación colectiva es un derecho fundamental consagrado en el Artículo 56 de la Carta, pero en el CST no se conoce con este nombre expreso, pues el Título III del Código se refiere a “Convenciones y pactos colectivos, contratos sindicales” (González Herazo, 2010, p. 259).

la idea no es sustraerse a la normatividad o a la jurisprudencia internacional o nacional respectivamente, sino vincularlas al efecto de una discusión amplia sobre las “limitaciones legales” de la negociación colectiva.

En torno al primer punto, esto es, en lo que se refiere a la separación entre derecho al trabajo y seguridad social, hay que destacar la postura bivalente que sostiene la doctrina oficial. Pues, por un lado, trata la seguridad social como una parte del derecho laboral al evento de reformar las condiciones de trabajo, como ocurrió con la expedición de las leyes 5° de 1990 y 789 de 2002, pero soslayando o morigerando su dependencia del C.S.T y de la jurisprudencia correspondiente (Cañón Ortegón, 2007). Y por otro lado, se enfatiza la autonomía de estas dos áreas del Derecho, en razón a la supuesta necesidad de vincular los derechos prestacionales a la propia dignidad de la persona y no a la calidad de trabajador, postura que enmarca el Artículo 48 constitucional y que se justifica en la doctrina que sugiere:

Hay importantes diferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social:

- 1) Mientras el Derecho del Trabajo se ocupa exclusivamente del trabajador en relación de dependencia, el sujeto del Derecho de la Seguridad Social es el hombre. Para lograr sus objetivos utiliza métodos y técnicas jurídicas propias, que también lo diferencian del Derecho del Trabajo.
- 2) Los sujetos del Derecho del Trabajo son individualmente los trabajadores y empleadores, y colectivamente, las asociaciones sindicales y las cámaras empresariales; en cambio, los sujetos de la seguridad social son todas las personas que habitan una comunidad de un país determinado, aunque no trabajen nunca (por ejemplo, un inválido o un anciano).
- 3) El presupuesto sociológico del Derecho Individual del Trabajo es el trabajo en relación de dependencia, y el del Derecho de la Seguridad Social son las contingencias sociales que puedan ocurrir a toda la población y no sólo a las personas que trabajan en relación de dependencia.
- 4) El Derecho del Trabajo tiene por fin la protección del trabajador en relación de dependencia, mientras que el fin del Derecho de la Seguridad Social es la seguridad bioeconómica de toda la población.

5) Si bien el trabajador autónomo tiene menor protección que el que está en esta relación de dependencia y está excluido del Derecho del Trabajo, para el Derecho de la Seguridad Social el autónomo es un sujeto de derecho.

El [trabajador] autónomo también debe estar protegido de la vejez y la enfermedad; hay una tendencia que se materializa por medio de los Consejos Profesionales o Colegios Públicos de buscar protección para sus asociados. El autónomo quiere parecerse al trabajador dependiente para tener cubiertas las contingencias que le puedan ocurrir.

Si bien el Derecho de la Seguridad Social comenzó siendo un derecho de la minoría, progresivamente se transformó en un derecho de todo el grupo social (Ruiz Moreno, 2007, pp. 230-231).

Desde este punto de vista, entonces, la negociación colectiva es un factor externo a la seguridad social, más aún en el caso de las pensiones, que no se encuentra dirigido por los principios que constitucionalmente lo informan: eficiencia, universalidad y solidaridad; antes bien, se caracteriza por segmentar y discriminar la población en grupos de intereses, con más o menos poder de negociación, para obtener beneficios al sectorizar a los trabajadores.

Las restricciones al empoderamiento laboral también son restricciones a la negociación, de modo que la informalización y la tercerización del trabajo, en una sociedad tan inequitativa como la colombiana, son factores coadyuvantes en la realización de los principios que orientan la seguridad social<sup>239</sup>. Este paradójico resultado, como ya anotó Martínez Martín (2010), brota de la separación

.....  
239 Así se informó el 3 de agosto de 2010: “[...] hoy Colombia es el país más inequitativo de Suramérica, el índice de Gini que se usa tanto para medir la concentración de la riqueza como la concentración de la tierra (el índice va de 0 a 1, entre más cerca a uno más inequitativa la distribución). El Gini de la riqueza en Colombia es de 0,585 en contraste con el 0,505 de América Latina y el Gini de la tierra 0,875 solo superado en la región por Paraguay con 0,93. Si tenemos en cuenta que la economía durante el gobierno Uribe creció entre el 4 % y 5 % en promedio anual (cifra superior a la media nacional durante otros gobiernos) estamos ante un panorama donde las autoridades del Estado no estuvieron a la altura de su responsabilidad a pesar de que se dieron las condiciones económicas para generar mayor bienestar a través de la justa distribución de la riqueza (que se puede canalizar a través de cobertura y calidad médica, educación, vivienda, subsidios, tributación diferenciada según estrato socioeconómico) y se dieron las condiciones políticas por parte del gobierno central como contar con mayorías suficientes en ambas cámaras legislativas o contar con un respaldo popular bastante amplio (lo que le facilitaba margen de maniobra y gobernabilidad) para entregar la tierra a quienes alguna vez perteneció antes de que paramilitares, guerrilleros u ‘otras fuerzas oscuras’ les expropiaran sus propiedades a través de la intimidación de las armas [...] no se logró la tan necesaria reforma estructural. Tras ocho años de gobierno de Álvaro Uribe, Colombia es campeón latinoamericano en inversión extranjera, pero también en desempleo. Y pese a que la economía crece a buen ritmo y a que la inflación ha caído, el país sigue siendo uno de los más desiguales del mundo” (Salazar, 2010).



•Pensiones y negociación colectiva•

entre lo económico y lo social, entre el trabajo y la seguridad social, que condena a esta última a convertirse en asistencia social, porque:

Lo que los patronos dejan de cotizar en seguridad social, en torno a la relación laboral, la sociedad tarde o temprano acaba asumiéndolo, bien sea a través de gasto de bolsillo o manejo directo de los riesgos por parte de las familias, con los pocos o muchos activos que posean, o bien a través de los programas asistenciales del Estado (SISBEN, Familias en Acción). En el primer caso, las familias caen una y otra vez en la trampa de la pobreza por falta de protección social, y en el segundo, los subsidios del Estado acaban sustituyendo la obligación patronal y se convierten en un subsidio implícito a los sectores económicos y las empresas. Todo esto redundará en una pérdida de bienestar colectivo (p. 100).

La situación es una encrucijada, porque incentivar la negociación colectiva equivale para el Ejecutivo a incentivar una segmentación discriminatoria que, tarde o temprano, profundizará el déficit pensional, pero “establecer que la negociación colectiva no debe incluir el régimen pensional” (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 14) significa endilgarle al fisco el costo asistencial de los cada vez más amplios sectores desfavorecidos de la población.

La solución para el Gobierno fue trasladar al sector privado en la mayor medida posible, mediante todos los incentivos necesarios, su responsabilidad ante la seguridad social en pensiones y solo dejar para sí el pasivo pensional ya existente. A largo plazo, soñaban —y aún sueñan— los sacerdotes de la doctrina oficial, le dejaría espacio al fisco para cumplir el mandato constitucional del Estado social de Derecho mediante la asistencia “subsidiada” por el propio sector privado<sup>240</sup>.

.....  
240 Ese fue el objetivo de la Ley de Reforma Financiera, Título VI, que dispuso: “Artículo 51. Inversión de los recursos de pensión obligatoria. Modifícase el artículo 100 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: Artículo 100. Inversión de los recursos. Con el fin de garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras los invertirán en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, los cuales deberán considerar, entre otros, tipos y porcentaje de activos admisibles según el nivel de riesgo. En cualquier caso, las inversiones en Títulos de Deuda Pública no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50 %) del valor de los recursos de los Fondos de Pensiones. Dentro del esquema de multifondos, particularmente en relación con el definido como el de mayor riesgo, el Gobierno Nacional establecerá su régimen de inversiones con el objetivo de procurar la mejor rentabilidad ajustada por riesgo a los afiliados y la Superintendencia Financiera ejercerá una estricta vigilancia al cumplimiento de la composición del portafolio de dicho fondo, según lo dispuesto por el Gobierno Nacional en el régimen de inversiones que defina. El Gobierno Nacional podrá definir los requisitos que deban acreditar las personas jurídicas que sean destinatarias de inversión o colocación de recursos de los Fondos de Pensiones. Las normas que establezca el Gobierno Nacional sobre la inversión de los recursos del sistema deberán contemplar la posibilidad de invertir en activos financieros vinculados a proyectos de infraestructura, en títulos provenientes de titularización de cartera de microcrédito y en títulos de deuda de empresas que se dedican a la actividad del microcrédito, de acuerdo con los límites, requisitos y condiciones que se determinen para el efecto”.

Como el interés de las AFP es la maximización de la rentabilidad y no la universalización de los derechos, pronto se presentaron las distorsiones del sistema que ya fueron anotadas. El Estado se quedó con los problemas del pasivo y las cargas asistenciales y entregó la posibilidad de solución de los activos.

Así las cosas, aunque la reforma constitucional descrita no puede considerarse una salida al dilema pensional actual, tampoco se puede desconocer. En la particular hermenéutica jurisprudencial y normativa de la OIT y de la Corte Constitucional en las que se basó, se hallan también los elementos para plantear una posible solución no solo de reconsiderar la “negociación colectiva en materia pensional”<sup>241</sup>, sino para desarrollar el sistema mixto que demanda el país<sup>242</sup>.

.....  
241 Por loable que fuera, la posición de muchos sectores del sindicalismo se ha centrado en la defensa jurídica de derechos adquiridos de grupos focalizados de trabajadores, en especial del sector oficial o mixto que, al margen de la legitimidad de sus pretensiones, no visualizan propuestas macro ni se sirven de algunas de las ventajas, que las hay, de las reformas en pensiones. Esta postura bien le sirve al Ejecutivo para alimentar la idea de que los sindicatos no son más que unos colectivos de élite que quieren sacar beneficio de la libertad sindical para favorecer no a sus asociados, sino solo a sus dirigentes. En ocasiones, esta falacia es alimentada por las discrepancias entre las propias organizaciones sindicales, por ejemplo, en el caso del decreto para reglamentar el contrato sindical del 1 de mayo de 2010, que establece la exención del pago del IVA para esta clase de acuerdos comerciales y la posibilidad de asistir a un tribunal de arbitramento para dirimir posibles conflictos entre las partes, con el fin de dar garantía al debido proceso y defender a los trabajadores en caso de conflicto y evitar abusos, la dirigencia sindical del país, sin acuerdo, apresuró conclusiones. “Así, el presidente de la Confederación General del Trabajo, CGT, Julio Roberto Gómez Esguerra, dijo ‘Nos parece que en principio el contrato sindical es superior de esa vagabundería de las cooperativas de trabajo asociado, porque para que haya un contrato sindical se necesita que haya un sindicato, mientras que para que exista la cooperativa no, pues esta liquida el sindicato y se opone al desarrollo del movimiento sindical’. Por su parte el Fiscal General de la Central Unitaria de Trabajadores CUT, Fabio Arias, dijo que esta modalidad es muy cercana a la cooperativa de trabajo asociado en la cual el sindicato se convierte en un contratista, para prestarle mediante trabajadores algunos servicios a las empresas. ‘Esta reglamentación es una modalidad más que van a utilizar el gobierno y los empresarios para burlarle las prestaciones y los derechos laborales de los trabajadores y no nos parece adecuado y pertinente’. Finalmente, señaló, que esperan que el nuevo presidente de Colombia, sea alguien que atienda el reclamo de la ciudadanía y los trabajadores, derogue estos decretos y aplique lo que dice el Código Sustantivo del Trabajo y la normatividad de la OIT” (Caracol Radio, 2010b).

242 Tiempo atrás se había declarado que la cuestión en materia de seguridad social no estaba entre tener más o menos Estado. Mejor dicho, la alternativa no es renacionalizar el sistema de seguridad social para obtener justicia social, así como tampoco entregar por completo la previsión social al mercado asegura la sostenibilidad y eficiencia del sistema. Existen argumentos político-económicos cíclicos tanto a favor como en contra de ambas alternativas. Lo que se propone ahora es optimizar las ventajas en cuanto a responsabilidad-ahorro que otorgan el sistema de las AFP y EPS y minimizar jurídicamente los riesgos de concederle una posición dominante en el mercado, al tiempo que devolverle al Estado su responsabilidad frente a la universalización del sistema no implique concederle las ventajas comparativas del monopolio —la ineficiencia y corrupción— ni desatender la sostenibilidad financiera del mismo, a largo plazo, a cambio de réditos políticos. Mejor dicho, la cuestión es desconfiar de cualquiera de las dos cándidas ideologías en conflicto: neoliberalismo o neostatismo y reconocer el permanente conflicto social alentado por los grupos de interés que se justifican en la falacia (en esto tiene toda la razón la escuela neortodoxa de la public choice) de que alguien conoce el interés general y que, de acuerdo con dicho saber, puede dictar lo que se considera correcto. Lo justo —según Rawls— no está por fuera del proceso: es el proceso mismo.

•Pensiones y negociación colectiva.

Para abordar este punto se mostrarán: a) los argumentos que favorecen o rechazan la justiciabilidad constitucional del derecho a pensión de acuerdo con las convenciones colectivas y con su limitación por el Legislador; b) las razones de dicha limitación en el orden interno y sus consecuencias, y c) cómo alguna de la hermenéutica constitucional no ha limitado la posibilidad de demanda de justiciabilidad en materia de pensiones convencionales, habida cuenta de una argumentación razonada y suficiente presentada caso a caso a consideración de un juez ordinario que puede resolver una antinomia en la Constitución. La Corte Constitucional (2006c) sostuvo:

De otro lado, no es un cargo de inconstitucionalidad alegar el caos, desorden o inconveniencia que puede provocar la aplicación de un Acto legislativo, ni plantear el tema de la antinomia, es decir, la contradicción de dos normas, en este caso constitucionales, para sustentar cargos de inexequibilidad, pues, de un lado, *los asuntos de inconveniencia no son del resorte de la competencia de la Corte Constitucional. Y, del otro, los problemas de interpretación en la aplicación de una ley o norma constitucional, en el caso concreto laboral, deben ser resueltos por el funcionario judicial competente* (sentencia C-1287 de 2001) (cursivas propias).

#### Limitación de la negociación colectiva desde el orden internacional

Es claro que el Acto Legislativo 01 de 2005, el Artículo 11, modificado por el Artículo 1 de la Ley 797 de 2003 y el último inciso del 283 de la Ley 100 de 1993 consagran el respeto por todos los derechos adquiridos<sup>243</sup>, entre ellos, los obtenidos conforme a pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha ya estuvieran pensionados o que cumplieran los requisitos para estarlo, sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y a que el

243 El Acto Legislativo menciona en tres oportunidades y momentos distintos la preservación de los derechos adquiridos, así: “[...] el Estado respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”; “[...] en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”; “Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a [...]”. Por su parte, la Ley 100 indica: “Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes [...]”. Artículo 283. Exclusividad [...]. Esta Ley no vulnera derechos adquiridos mediante convenciones colectivas del sector privado o público, sin perjuicio del derecho de denuncia que asiste a las partes”.

tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre ellas. Se discute hasta dónde va el derecho constitucional de negociación colectiva en materia pensional y, por lo mismo, hasta dónde está facultado el Legislador, en uso de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, para ponerle límites en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Trabajo.

Para abordar el anterior punto, lo primero que hay que recordar es que, desde sus más tempranos pronunciamientos, la Corte Constitucional (1992f) ha considerado el derecho a la pensión como un derecho prestacional fundamental:

9. El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46).

El ejercicio de tal derecho está orientado a asegurar la calidad de vida de las personas que dejan de trabajar, mas como derecho prestacional está en desarrollo y no es exigible de modo absoluto e inmediato.

No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial. El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica.

No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata (Corte Constitucional, 1997e).

Es característico del derecho social a la pensión apuntar a la dignidad de la persona y a la dependencia estructural de las condiciones económicas del Estado; en cuanto reconocimiento, puede ser considerado un derecho fundamental en conexidad con derechos de tal naturaleza como la vida, la dignidad humana y el mínimo vital, aunque como mandato de optimización está sujeto a las más variadas condicionantes.

La Carta de 1991 constitucionalizó la seguridad social en los artículos 48 y 49. Una de las ramas de la seguridad social es la jubilación. Los elementos para reconocer tal clase de pensión son la edad y el tiempo laborado o cotizado, lo cual tiene que ver con el período de afiliación.

Con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, la jurisprudencia ha dicho que es un derecho subjetivo. Así se expresó en la sentencia T-1752/2000. Si la persona cumple los requisitos para acceder a ella, es un derecho adquirido. La sentencia C-027/95 se refirió al artículo 11 de la ley 100 de 1993 que ordena respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos conforme a normatividad anterior. En numerosos fallos, entre ellos la SU-430/98, se dice que hay un derecho adquirido a la pensión de vejez [...]. El respaldo a los derechos adquiridos está en la Constitución. Su artículo 58 establece: “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*”. En el caso concreto de la seguridad social los derechos adquiridos se reafirman porque el derecho a la seguridad social es **irrenunciable** (artículo 48 C.P.). Por otro lado, la protección a la pensión implica la necesidad de hacer respetar los principios de la seguridad social que aparecen en la propia Constitución: eficiencia, **universalidad**, **solidaridad**. Tratándose de trabajadores dependientes, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C.P. conllevan la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la condición más beneficiosa, el principio pro operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración (El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos afirma que las personas tienen **derecho de propiedad sobre la seguridad social**, luego no se trata solamente de proteger a quien ha adquirido el status de jubilado, sino que la teoría de la seguridad social también conserva los derechos en vía de adquisición) [...].

La protección constitucional a la vejez se explica por cuanto es un reconocimiento de la sociedad a la actividad desarrollada por personas que llegan a determinada edad,

que merecen un descanso digno y consideración al natural deterioro síquico o físico del individuo. La Corte “*ha reconocido en reiteradas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación que de él se desprende*” dijo la sentencia T-181/93. La seguridad social se protege tutelarmente en conexidad con derechos fundamentales y en otras oportunidades se considera que adquiere el carácter de fundamental.

a. La protección por conexidad aparece en la sentencia T-453/92 (M.P. Jaime Sanín G) tratándose de trabajadores dependientes [...] esto significa que si la seguridad social, en un caso concreto, está conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su jusfundamentalidad, se impone el amparo del derecho a la seguridad social en conexión con determinados derechos fundamentales [...].

b. En la T-671/2000 se expresó que el derecho a la pensión de vejez en ciertas circunstancias **adquiere** el carácter de fundamental. Esta afirmación tiene respaldo en la C-177 de 1998, que dijo: “El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente”. Además, la sentencia T-06/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo que “existe el derecho fundamental de toda persona a la integridad y primacía de la Constitución” lo cual incluye la cláusula del Estado social de derecho y dentro de ella figura, por supuesto, la seguridad social. Además, en la T-111/94 **se consideró como derecho fundamental** el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos. Una jurisprudencia ecléctica aparece en estas sentencias: T-516/93, T-068/94, T-426/93, T-456/94. En estas sentencias la jurisprudencia ha dicho que **se adquiere** el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales. En la sentencia T-491/01, respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión en cuanto derecho de petición y en conexión con el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia fue categórica: “En innumerables pronunciamientos la Corte ha reiterado que el derecho a la seguridad social en pensiones, en cuanto vinculado al derecho a la subsistencia en condiciones dignas, adquiere la connotación de derecho fundamental”. La sentencia SU-1354/00 reiteró que **el reconocimiento del derecho a la pensión** es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas (negrillas en el original) (Corte Constitucional, 2002b).

Como bien ha resumido la jurisprudencia citada, el derecho fundamental a pensión, bien por conexidad o por adquisición, se cataloga dentro de los derechos

•Pensiones y negociación colectiva.

sociales y, por ende, se encuentra dentro de los derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad<sup>244</sup>. Es un derecho justiciable, en la medida en que la OIT (1952, C-102, art. 70.1) afirma que este es un derecho humano fundamental; la cuestión es ¿hasta dónde? En principio, era claro que las normas internacionales del trabajo (NIT) y entre estas las referidas a la seguridad social y a la negociación colectiva, que integran el bloque de constitucionalidad, son preponderantes frente a las normas infraconstitucionales que les sean contrarias. Dado que el Acto Legislativo 01 de 2005 es una norma constitucional, ¿cómo se compaginan las limitaciones de los párrafos del Artículo 48 de la Carta con las obligaciones asumidas por Colombia en el orden internacional?

De acuerdo con los argumentos presentados en la exposición de motivos y en las ponencias del entonces proyecto de Acto Legislativo, la limitación de la negociación colectiva sobre temas pensionales o i) vulnera tratados internacionales ratificados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad, o ii) permite asegurar la universalidad del régimen de seguridad social y su

244 "Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos —entre ellas, la OIT—; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio. Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares [...]. d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso: Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia' (art. 93), y 'Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna' (art. 53 inc. 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir' [...]. Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior. Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia'. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo" (Corte Constitucional, 1999b).

sostenibilidad financiera, al evitar introducir beneficios económicos discriminatorios para un sector específico de los trabajadores bajo la premisa de ejercer el derecho fundamental a la negociación.

Por lo descrito en su momento, se sobreentiende que durante el proceso de confección del Acto Legislativo 01 de 2005, así como en su redacción definitiva, la primera posición pronto fue desestimada. No obstante, vale la pena detallar lo sostenido en sendas ponencias principales para primer y segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo 11 Senado. Allí se adujo:

La protección del derecho de negociación colectiva está dada tanto por normas constitucionales (arts. 39 y 55 C.P.) como normas internacionales de derechos humanos dentro de las cuales pueden mencionarse la Convención americana sobre derechos humanos (art. 16), el Protocolo de San Salvador (art. 8), el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (art. 8) y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT sientan las bases para lograr la realización de este derecho junto con el de la sindicalización en las jurisdicciones internas de los Estados. Tales convenios imponen la obligación de adoptar medidas, en especial de carácter legislativo para adecuar la legislación interna a los postulados del derecho internacional [...]. Este marco normativo permite determinar el tipo de obligaciones a cargo de los Estados en materia de negociación colectiva y sindicalización. De acuerdo con tales normas, así como existe una obligación positiva de adoptar normas que protejan estos derechos, existe una obligación correlativa de abstenerse de introducir políticas o normas que vayan en detrimento de dichos derechos. En el caso del Acto Legislativo objeto de este análisis, este formula una reforma constitucional que limita el derecho de negociación colectiva y que significa un retroceso en la garantía del derecho de negociación colectiva y por lo tanto de sindicalización (Piñacué y Rojas, 2004, pp. 4-5).

La tesis era que la modificación del Artículo 48 constitucional en materia de limitación a la negociación colectiva en pensiones implicaba un atentado contra el bloque de constitucionalidad, por cuanto desconocía los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Desde este supuesto, los senadores ponentes propusieron modificar el inciso correspondiente del proyecto de Acto Legislativo 11, Senado, en el sentido de permitir la posibilidad de establecer, en pactos y convenciones colectivas, condiciones pensionales con los límites dados por la ley, lo que requería esta redacción del inciso:



•Pensiones y negociación colectiva.

[...] los requisitos pensionales, para todas las personas serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, sin perjuicio de los acuerdos, pactos o convenciones colectivas que se celebren en materia pensional, los cuales deberán respetar los requisitos y límites señalados en las leyes del Sistema general de pensiones (Uribe *et ál.*, 2004, p. 2).

En suma, la propuesta de los ponentes principales trataba de conciliar el interés del Gobierno con la preocupación de algunas organizaciones sociales frente a la propuesta nugatoria de la convención colectiva en pensiones<sup>245</sup>. Bien visto, dicho intento equivalía a la cuadratura del círculo, ya que afirmar que se puede negociar colectivamente en pensiones, pero dentro de unos límites dados por la ley, equivale a restringir la negociación y quitarle todo sentido; como señaló un senador en el primer debate en primera vuelta ya descrito, para obligarse a discutir bajo unos topes legales, mejor sería adecuarse a los mismos. Varias veces ha indicado el Comité de Libertad Sindical que la razón de ser de los acuerdos o convenios colectivos es poder fijar condiciones de trabajo más favorables que las establecidas por ley e impedir la preferencia a los contratos individuales ante los convenios colectivos, salvo en lo que alude a las disposiciones que sean más favorables.

No es de extrañar, entonces, que la propuesta fuera rechazada y que se volviera sobre los intereses del Gobierno, en aras de conseguir un mecanismo inmune al juez constitucional para declarar expresamente en la Constitución, sin menoscabo de su Artículo 55, la limitación de la negociación colectiva del régimen pensional<sup>246</sup>. Para la posición dominante y la lectura que el Ejecutivo hizo del bloque de

.....  
245 En Colombia no existe norma que diga cuáles son las materias precisas que entran en la categoría de “condiciones de trabajo” a las que se refiere el Artículo 467 del CST. Afirma González Herazo (2010): “[...] sólo de la normatividad en su conjunto, que incluye la Constitución, de los principios generales del Derecho Laboral, de los convenios y recomendaciones de la OIT y de la interpretación que pueda hacerse del texto del artículo 468 del C.S.T. en concordancia con el 467 de la misma obra, podría decirse que las materias laboral, sindical, asistencial o de empleo son también materias de la convención colectiva” (p. 290). Los artículos en mención afirman: “Artículo 467. Definición. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios [empleadores] o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. Artículo 468. Contenido. Además de las estipulaciones que las partes acuerden en relación con las condiciones generales de trabajo, en la convención colectiva se indicarán la empresa o establecimiento, industria y oficios que comprenda, el lugar o lugares donde ha de regir la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad que su incumplimiento entraña”. Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional (1994c).

246 Ya desde la ponencia al primer debate en Cámara, proyectos 034 y 127 acumulados, se sabía que la Corte Constitucional (1993c; 2000c; 2000j) había declarado la inexecutable de disposiciones legales que restringían

constitucionalidad, tal limitación no desconocía los compromisos internacionales asumidos por Colombia en el tema laboral, en el entendido de que:

13. Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “[...] se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional), y (ii) acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales (Corte Constitucional, 2001c).

De no presentarse disposición expresa en alguno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que se refieran a derechos constitucionales y que, por tanto, formen parte del bloque de constitucionalidad de obligatorio cumplimiento y criterio de interpretación, no hay limitación alguna para que el legislador imponga límites a la negociación colectiva<sup>247</sup>, más aún cuando:

---

la negociación colectiva en materia pensional; de modo que se consideró que “sólo una limitación impuesta en la Constitución política, permitiría limitar esta facultad” (Devia, 2004a, p. 4).

247 La Ley 584 de 2000 procuró adecuar las normas sobre libertad sindical a los principios y preceptos de la Constitución de 1991 y a los Convenios 87 y 98 de la OIT. Derogó la norma que permitía a los estatutos de los sindicatos restringir la admisión de altos empleados como miembros de él; la que exigía al sindicato de empresa recién constituido, como uno de los requisitos para tramitar su registro sindical, un certificado expedido por el inspector de trabajo, en el que constara la inexistencia de otro sindicato de la misma clase en la empresa; la que facultaba al juez del trabajo que declara la disolución de un sindicato, para privar del ejercicio de libertad sindical hasta por tres años al miembro de la directiva sindical que hubiera dado origen a tal disolución; la que impedía el funcionamiento de un sindicato en el que más de una tercera parte de los miembros fueran extranjeros en cargos directivos del sindicato y la que permitía al Ministerio de Trabajo, una vez declarada la huelga, ordenar la convocatoria de una asamblea para decidir la constitución de un tribunal de arbitramento. Asimismo, la Ley modificó la norma que establecía una serie de requisitos para ser elegido miembro de la junta directiva de un sindicato y, en su lugar, solo exigió que la persona fuera miembro del sindicato; convirtió en optativo el aviso de las autoridades del trabajo sobre la celebración de la asamblea en la que se decidiera la huelga o el sometimiento de las diferencias a un tribunal de arbitramento; atribuyó al sindicato mayoritario o a la asamblea de los trabajadores la iniciativa autónoma para que se decida por votación mayoritaria si la diferencia se somete a un tribunal de arbitramento. Por último, extendió el fuero sindical a los trabajadores públicos, con excepción de aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección administrativa. En ese mismo sentido, el Decreto 4588 de 2006, por medio del cual se prohibió a las cooperativas y precooperativas actuar como empresas de intermediación laboral, disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios o remitirlos como trabajadores en misión. El asociado que sea enviado a prestar servicios a un tercero se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie de su trabajo. El Gobierno tomó esta medida al haberse hecho evidentes

## •Pensiones y negociación colectiva.

[...] ninguno de los dos Convenios de la OIT (87 y 98) que protegen el derecho de asociación sindical y la negociación colectiva, podrían ser obstáculos para establecer en la Constitución, a través de un Acto Legislativo, la limitación de la negociación colectiva a la modificación del régimen general de pensiones (Carrasquilla y Palacio, 2004a, p. 15).

El bloque de constitucionalidad en toda la extensión relativa al derecho de asociación y a la libertad sindical —los Convenios 87, 98, 100, 105, 111, 138, 151, 154 y 182 de la OIT— no se refiere a los contenidos específicos de las convenciones o negociaciones colectivas, sino a la posibilidad de negociar colectivamente las condiciones de trabajo (Devia, 2004a, p. 5). Aduce el máximo juez constitucional:

20 [...] conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “*derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 “*constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el*

---

las prácticas ocultas en el ámbito de trabajo asociativo, puesto que las empresas despedían a sus trabajadores y los volvían a contratar bajo la apariencia del modelo de cooperativa de trabajo asociado, con el propósito de eludir las cargas laborales y reducir los costos de mano de obra. La Ley 22 de 1967, la Ley aprobatoria del Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y la Ley 581 de 2000 se expidieron con el objetivo de combatir la discriminación en materia de empleo y ocupación y reglamentaron “la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público”. La CEACR, en informe presentado en la 89 Conferencia Internacional del Trabajo (2001) de la OIT, expresó que la Comisión “toma nota con satisfacción de la adopción de la ley número 584 de 2000” por derogar o modificar disposiciones legales que eran contrarias al convenio 87 (Silva Romero, 2005, p. 443).

*intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos” (Corte Constitucional, 2004a).*

Según lo anterior y en atención al principio conforme al cual el derecho a la seguridad social en pensiones tiende a sustentarse en normas de carácter general en las que no hay lugar a establecer diferencias entre los afiliados al sistema y los trabajadores de uno u otro sector o de uno u otro sindicato:

[Es] del todo aceptable que en el nuevo contexto del artículo 48 constitucional se le cierre el paso a la creación de nuevos regímenes excepcionales. En tal orientación resulta indiscutible que tratándose de servidores públicos, en lo sucesivo no haya lugar a crear situaciones pensionales particulares encaminadas a favorecer un sector de tales trabajadores (Cortés Hernández, 2006, p. 183)<sup>248</sup>.

Es más, si se atiende el hecho de que la negociación colectiva se concibe entre los instrumentos de la OIT como la actividad o el proceso encaminado a la conclusión de un contrato colectivo de trabajo, nada parece sugerir que esta conlleva la discusión del tema pensional. En las definiciones propuestas por la OIT (1951) se tiene que, en principio, el convenio colectivo es:

[...] todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, por los representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional (párr. 2).

El Convenio 154 sobre la negociación colectiva delimitó aún más la definición, al precisar:

.....  
248 Respecto a los trabajadores públicos, el Convenio 98 (arts. 4-6) no hace mención alguna; no obstante, la Comisión de Expertos ha señalado que “no puede concebir que categorías importantes de trabajadores empleados por el Estado queden excluidas de los beneficios del Convenio por el mero hecho de estar formalmente asimiladas a ciertos funcionarios públicos que están al servicio de la administración del Estado. Conviene, pues, establecer una distinción: por una lado, los funcionarios que cumplen actividades propias de la administración del Estado (por ejemplo, en algunos países funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como sus auxiliares), quienes pueden quedar excluidas del campo de aplicación del Convenio, y, por otro lado, todas las demás personas empleadas por el Gobierno, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas, quienes deberían gozar de las garantías previstas en el Convenio” (OIT, 1948; 1949; 1994). De otra parte, en 1981 se adoptó el Convenio 154 que promueve la negociación colectiva tanto en el sector privado como en la administración pública; se exceptúan las Fuerzas Armadas y la Policía, con la única salvedad de que en la administración pública la legislación o la práctica nacionales “podrán fijar las modalidades particulares de aplicación”. Así, el Estado que ratifique el Convenio ya no puede limitarse al método de consulta, sino que debe fomentar la negociación colectiva con el fin, entre otros, de fijar las condiciones de trabajo y empleo, pero no de la pensión.

## •Pensiones y negociación colectiva•

La expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores (OIT, 1981, art. 2).

Como se observa, los Convenios 98, 151 y 154 y la Recomendación 91 de la OIT centran el contenido de la negociación en las condiciones de trabajo y de empleo y en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus respectivas organizaciones, sin especificar que la materia pensional pueda o no ser objeto de negociación. Los propios expertos de la OIT indican:

La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de la OIT no se limita a los temas tradicionales (jornada 4, horas extraordinarias, descanso, salarios, etc.), sino que cubre “materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo” como, por ejemplo, las promociones, traslados, supresiones de puestos sin previo aviso, etc. (OIT, 1994a, párrafo 250 y nota a pie de página 17). Este criterio concuerda con la tendencia moderna de los países desarrollados a reconocer la negociación colectiva “gestional”, de personal, cambios de horarios y otras cuestiones que exceden de las condiciones de trabajo en sentido estricto. Según la Comisión de Expertos, “es contrario a los principios del Convenio núm. 98 excluir de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo”, y “las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio” (*ibid.*, párrafos 265 y 250, respectivamente). Así, **aunque la gama de temas negociables y su contenido son amplísimos, no son absolutos sino que deben referirse primordial o esencialmente a las condiciones de empleo** (OIT, 1996a, párrafo 812, negrilla fuera del texto). **Los órganos de control permiten excluir de los temas negociables los relativos al poder de dirección del empresario**, como por ejemplo la asignación de tareas o la contratación (OIT, 1998c, p. 280), y **admiten que la legislación prohíba pactar en los convenios cláusulas discriminatorias** o de seguridad sindical o contrarias a los mínimos de protección legales. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que también pueden considerarse razonablemente fuera del alcance de la negociación “las cuestiones que corresponden, evidentemente, de modo primordial o esencial a la dirección y funcionamiento de los asuntos del gobierno” (OIT, 1996a, párrafo 812) (Gernigon, Odero y Guido, 2000, pp. 7-8).

Todo parece indicar que las normas internacionales sobre derechos humanos, en particular las de la OIT, no impiden *prima facie* la limitación sobre ciertos aspectos, que no de la institución como derecho, de la negociación colectiva. Indican los investigadores antes citados:

En los convenios de la OIT sobre negociación colectiva no figuran disposiciones sobre posibles conflictos entre los intereses particulares de las partes y el interés general de la población, y esa omisión no ha sido por inadvertencia sino deliberada. En la práctica, en situaciones de crisis económicas de extraordinaria gravedad o para hacer frente a la lucha contra la inflación, lograr el equilibrio de la balanza de pagos o luchar contra el desempleo o conseguir otros objetivos económicos, los gobiernos han recurrido a políticas de ingresos o de salarios tendientes a lograr una correlación entre las tasas generales de salarios y remuneraciones y las tasas generales de productividad —evitando la repercusión de los aumentos salariales sobre los precios—, las cuales se han traducido en medidas de congelación salarial o de limitación de los aumentos salariales dentro de determinados márgenes o inclusive de aprobación o modificación o anulación de convenios colectivos en vigor, tratando de justificar tales medidas invocando el importante porcentaje de los gastos del Estado que representan las remuneraciones del personal de la administración pública y del sector público en general y el enorme volumen de los salarios del sector privado en relación con los ingresos totales del país [...] las limitaciones que implican tales medidas de ajuste no son admisibles para los órganos de control cuando alteran el contenido de convenios colectivos ya pactados; son admisibles, en cambio, cuando se imponen a las negociaciones futuras siempre y cuando se den circunstancias imperiosas y concurren una serie de garantías que se enumeran más adelante (Gernigon *et ál.*, 2000, pp. 43-44)<sup>249</sup>.

Las normas y los principios sobre el derecho de negociación colectiva, tal como surgen de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la materia y de los principios sentados por la Comisión de Expertos, sugieren que este es un derecho que tiene carácter general tanto en el sector privado como en el sector público (Convenios 98 y 154), cuyo objeto es el establecimiento de las condiciones de

.....  
249 Durante los trabajos preparatorios del Convenio 154, un miembro gubernamental presentó una enmienda tendiente a la armonización de los intereses particulares de las partes con el interés general. Sin embargo, los miembros trabajadores expresaron una fuerte oposición a la enmienda, ya que, en su opinión, el concepto de interés general era demasiado nebuloso para introducirlo en un instrumento internacional y no era susceptible de una definición precisa en las sociedades democráticas. Además, vieron serios peligros en el texto de la enmienda, porque las autoridades públicas no solo debían tener en cuenta el interés general, sino que también habrían de conciliarlo con los intereses particulares de las partes. Consideraron que una disposición de tal naturaleza no aportaba nada al fomento de la negociación colectiva, objetivo básico del instrumento. Por razones similares, los miembros empleadores también se opusieron a la enmienda y fue retirada (Gernigon *et ál.*, 2000, pp. 43-44).

•Pensiones y negociación colectiva.

trabajo y empleo en un sentido amplio; ello no es óbice para admitir algunas intervenciones de las autoridades legislativas o administrativas al respecto, siempre y cuando dichas intervenciones no tengan por efecto anular o alterar el contenido de convenios colectivos libremente pactados.

Las limitaciones al contenido de negociaciones colectivas futuras, incluso en materia salarial, impuestas por las autoridades en razón de políticas de estabilización económica o de ajuste estructural requeridas por motivos de interés económico, son admisibles (Gernigon *et ál.*, 2000). Parten del supuesto, claro está, de que la repetida utilización de restricciones legislativas a la negociación colectiva solo puede tener a largo plazo una influencia perjudicial y desestabilizadora de las relaciones profesionales, dado que priva a los trabajadores de un derecho fundamental y de un medio para la defensa y promoción de sus intereses económicos sociales (OIT, 1996).

Si son admisibles desde la normatividad internacional ciertas restricciones salariales, obligaciones de ajuste a criterios de productividad o prohibiciones a la indexación o la negociación de aumentos por encima del alza del costo de vida en el marco de políticas de estabilización, también serán admisibles las restricciones a las pensiones, en tanto formas de devolución de ahorro salarial (OIT, 1996)<sup>250</sup>. Esta tesis fue empleada por la propia Corte Constitucional y, por supuesto, por los defensores de esas limitaciones en el proyecto de Acto Legislativo 01 de 2005<sup>251</sup> en el momento de analizar la constitucionalidad del punto 8 del referendo de 2003<sup>252</sup>. Adujo la Corte (2003c):

.....  
250 Las limitaciones anotadas son admisibles solo en la medida en que estén precedidas de consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores y reúnan las siguientes condiciones: aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo indispensable, no sobrepasar un período razonable e ir acompañadas de garantías destinadas a proteger de manera efectiva la calidad de vida de los trabajadores interesados, en especial de aquellos que puedan resultar más afectados. La conciliación y la mediación impuestas por la legislación en el marco del proceso de negociación colectiva son admisibles si definen plazos razonables. En cambio, el arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo es, de manera general, contrario al principio de la negociación colectiva voluntaria. Solo es admisible: 1) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población); 2) respecto a los funcionarios de la administración del Estado; 3) cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas es obvio que el bloqueo no será superado sin una iniciativa de las autoridades, y 4) en caso de crisis nacional aguda. El arbitraje aceptado por ambas partes (voluntario) siempre es legítimo (párrs. 890-892).

251 La posición se repite en las ponencias sustitutivas para primer y segundo debate Proyecto Legislativo 11 de 2004 Senado (Uribe, Vargas, Figueroa, Rojas y Piñacué, 2004, p. 8).

252 Originalmente, el punto del referendo disponía: “[...] como medida de solidaridad de los altos dignatarios con el pueblo colombiano, para reducir las desigualdades sociales y controlar el gasto público, ¿aprueba usted el

288. Algunos intervinientes cuestionan la constitucionalidad de este numeral, pues consideran que viola los convenios de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el llamado “Protocolo de Salvador” o Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por hacer éstos parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, en la medida en que el trabajo, las pensiones y la negociación colectiva son derechos reconocidos por la Carta (CP arts. 25, 53 y 55) [...] es relevante examinar si este numeral es compatible con los compromisos internacionales asumidos por Colombia en virtud de esos tratados, no para efectuar un control constitucional de fondo o material, sino para apreciar si el numeral 8 del proyecto de reforma tiene el alcance y el efecto de representar una sustitución de la Constitución [...].

290. Con todo, resta el problema de analizar si este numeral limita el derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, el derecho a la negociación colectiva comprende la posibilidad de los trabajadores para negociar con sus patronos el salario y aquellos elementos que afectan sus condiciones laborales. Los asuntos pensionales tienen que ver con las condiciones laborales de los trabajadores, pues, en últimas, la pensión es fruto de su trabajo y su ingreso en época no laboral. Sin embargo, es igualmente claro que la definición del sistema de pensiones es un asunto que corresponde definir al legislador, siempre y cuando garantice ciertos elementos básicos [...]. Lo anterior daría pie para pensar que es incompatible con los convenios de la OIT la imposición de límites a los montos de las pensiones por vía normativa, en la medida en que se limita la negociación colectiva en este campo. Empero, como lo ha mostrado la Comisión de Expertos de la O.I.T. (Estudio General “La protección de la vejez por la seguridad social”, sobre las Convenciones 102 y 128 —no ratificadas por Colombia—, 1989).

---

siguiente artículo? Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto: Las pensiones de los servidores públicos con cargo al tesoro público, no podrán superar en ningún caso el monto de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni la edad exigida para tener derecho a la pensión de vejez, podrá ser inferior a la establecida en el sistema general de pensiones, con excepción de los miembros de la fuerza pública. En todo caso, se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigencia del presente Acto Legislativo. Los servidores públicos que hayan cotizado el número de semanas exigidas y les faltare cinco (5) años o menos para tener derecho a la pensión, se les aplicarán las normas vigentes a la promulgación del presente Acto Legislativo. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo y hasta el mes de diciembre del año 2006, no se incrementarán las asignaciones o pensiones del Presidente de la República, de los miembros del Congreso, de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, de los Ministros del Despacho, del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, del Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, ni de los demás servidores públicos o funcionarios de entidades de derecho privado que administren recursos públicos o pensionados, que sean superiores a 20 salarios mínimos legales mensuales. Lo previsto en esta disposición no supondrá una reducción acumulada superior al 30 % de los salarios ni de las pensiones actuales en términos reales”.



## •Pensiones y negociación colectiva.

Es práctica común el establecimiento de topes a las pensiones para asegurar la viabilidad financiera del sistema, asunto que fue aceptado, dentro de ciertos límites, por ese órgano. Finalmente, *el derecho a la negociación colectiva no puede ser considerado absoluto, por lo que es razonable que el Estado pueda limitarlo para salvaguardar la propia viabilidad financiera del sistema general de pensiones*. Por ello, la Corte considera que es compatible con el derecho a la negociación colectiva, tal y como se encuentra desarrollado por los tratados internacionales de derechos humanos, que la ley fije un marco general en el que se desenvuelva la negociación colectiva (cursivas propias).

Dado lo anterior, es evidente que los argumentos presentados por el Ejecutivo y por sus colaboradores en el Legislativo gozan de cierta plausibilidad en el contexto de la sostenibilidad del sistema general de pensiones. Sin embargo, como las negociaciones entre patronos y empleados solo remiten a las condiciones del sistema general como mínimo común, dichas negociaciones no afectan su viabilidad, pues el pago de las mesadas negociadas o acordadas no depende del sistema general. De ahí que la intromisión estatal para salvaguardar un sistema general sea inadecuada en los términos de las negociaciones colectivas; por eso, Silva Romero (2005) afirma:

[...] la Corte Constitucional echó atrás, de un solo golpe, todo lo que se había avanzado en materia de aplicación de los Convenios sobre libertad sindical al declarar la constitucionalidad del numeral 8° del Referendo [...] cuando se prohíbe pactar en convenciones colectivas sobre condiciones de empleo, como son las pensiones, o dejar sin vigencia los acuerdos ya suscritos, la OIT, a través del Comité de Libertad Sindical, ha expresado que se violan los convenios sobre derecho de negociación. Si un gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos vigentes. Claro que los Estados pueden ponerle límite a la edad de jubilación con tal de conservar los derechos en curso de adquisición (Convenio 157), pero esto no se puede confundir con que el derecho de negociación colectiva es un “derecho en sí mismo”, y por ende no puede una norma derogar el contenido de una negociación colectiva. El gran “olvido” de la Corte Constitucional consistió en no confrontar los convenios con las consecuencias de que si se aprobara el referendo [como se aprobó el Acto Legislativo] automáticamente quedarían recortadas las convenciones colectivas que hasta el momento establecían condiciones más favorables para pensionarse (pp. 414-416).

De lo que habla Silva Romero no es de la posibilidad de limitar la negociación colectiva en el caso del régimen de pensiones con cargo al erario, sino del respeto por los derechos adquiridos en las convenciones ya existentes, más aún cuando la viabilidad de estas es un asunto de las negociaciones obrero-patronales y no un asunto del Estado, por cuanto en nada afectan al sistema general. Una confusión que, aunque es obvio que todo grupo de intereses escoge la interpretación más propicia a su posición, desestima las posturas no oficiales respecto al Acto Legislativo 01 de 2005 y, de paso, ha conducido a que las demandas de inconstitucionalidad interpuestas no prosperaran.

#### Limitación de la negociación colectiva desde el orden interno

Parece que las primeras objeciones a la limitación constitucional de la negociación colectiva en materia pensional no estuvieron del todo bien justificadas o dirigidas. La lectura preferida por los grupos de interés que demandaron la inconstitucionalidad se fundó en la interpretación de una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otras normas que revisten las mismas características (las presupuestas por el boque de constitucionalidad). Entonces, no sorprende que la Corte Constitucional desestimara prácticamente con los mismos argumentos y una tesis ya defendida en la Sentencia C-551 de 2003 (respecto a la libertad de configuración legislativa del Congreso: toda restricción debe aparecer de manera clara y expresa en la Constitución Política, y toda restricción debe ser interpretada restrictivamente), los cargos puestos a su consideración por las demandas al Acto Legislativo 01 de 2005.

Los cargos que se adujeron en varias demandas de inconstitucionalidad al Acto Legislativo pueden resumirse en uno: la sustitución, derogación o subversión, parcial o total de la Constitución, es decir, la supuesta transformación fundamental de uno o algunos de los supuestos que le dan identidad a la Constitución, o sea, la hacen ser lo que es. Dicho cargo es la única excepción posible para que la Corte considere la revisión de un Acto Legislativo estudiado en el Congreso, como manifestó en la Sentencia C-551/03 que revisó la Ley 796 de 2003. Mas este no fue el caso, porque las diversas acciones de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2005 fueron desestimados por la Corte Constitucional.

Para todo lo demás, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 241-1 de la Constitución y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un acto legislativo por su contenido material, porque la competencia del juez constitucional se limita a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación; de otro modo, el juez constitucional estaría forzado a asumir una posición política ajena a su competencia acerca de lo que es o debería ser el contenido sustantivo del texto constitucional.

Es esta la razón por la que, con independencia del inciso o párrafo del Acto Legislativo 01 de 2005 que se pusiera en consideración de la Corte, la declaración de inhibición de fallo por ineptitud de la demanda es regla general<sup>253</sup>. Como se advirtió en su momento, desde la primera a la más reciente de las sentencias de las demandas de inconstitucionalidad contra el Acto, la Corte (2006c) ha preferido tomar una posición cautelosa frente a eventuales acusaciones de politización. Declaró que no había sustentación del cargo de sustitución de la Constitución, por cuanto:

No es un cargo de inconstitucionalidad alegar el caos, desorden o inconveniencia que puede provocar la aplicación de un Acto legislativo, ni plantear el tema de la antinomia, es decir, la contradicción de dos normas, en este caso constitucionales, para sustentar cargos de inexecutableidad, pues, de un lado, los asuntos de inconveniencia no son del resorte de la competencia de la Corte Constitucional. Y, del otro, los problemas de interpretación en la aplicación de una ley o norma constitucional, en el caso concreto laboral, deben ser resueltos por el funcionario judicial competente (sentencia C-1287 de 2001). Finalmente no sobra señalar que el demandante tampoco explicó en qué consiste el cargo de la supuesta sustitución de la Constitución con la expedición del Acto legislativo acusado. Para la Corte, por el contrario, del contenido general del Acto legislativo no surge, en forma evidente u obvia, que se esté ante el evento conocido por la jurisprudencia como la sustitución de la Constitución Política. Siendo las cosas así, la Corte se inhibirá de proferir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Acto legislativo en su integridad o de algunos de los incisos del artículo 1º en particular, por ineptitud sustancial de la demanda.

En el mismo sentido, repitió la Corte (2006b):

.....  
253 Como se recordará, la Corte Constitucional (2006b; 2006c; 2007f; 2007h) se declaró inhibida para fallar por ineptitud de la demanda.

2.2. Inhibición para ejercer control material de un Acto Legislativo [...]. En la sentencia C-1040 de 2005 la Corte recogió los criterios sentados por la jurisprudencia en cuanto al concepto de sustitución de la Constitución. Dijo:

- a. Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- b. Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- c. Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
- d. Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- e. Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- f. Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

[...]. De este modo, en la presente oportunidad la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991. Se subraya que, de conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “*reformada*” por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida. A su vez, el artículo 380 de la Carta permite distinguir entre la derogación de una Constitución, de un lado, y las reformas introducidas a una Constitución, de otro, reformas que si bien pueden cambiar el contenido de las normas constitucionales no sustituyen la Constitución por otra Carta opuesta o integralmente diferente, como sucedió cuando se promulgó la nueva Constitución en 1991. En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este caso el Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar válidamente la Constitución. El requisito que debe verificar la Corte es que el Acto Legislativo sea una reforma, no una derogación o sustitución de la Constitución, como lo ordena el artículo 374 en concordancia con el artículo 380 de la Constitución Política [...]. Los argumentos de los demandantes no plantean una sustitución de la Constitución

•Pensiones y negociación colectiva.

sino una falta de competencia por vicios de procedimiento al no haberse desvinculado de una organización internacional que establece unas obligaciones para el Estado Colombiano. En la sentencia C-1040 de 2005 se estableció que los vicios de procedimiento frente a los cuales la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en la revisión de un Acto Legislativo se refieren a las disposiciones establecidas en el Título XIII de la Constitución al igual que otras normas de carácter constitucional y ciertas disposiciones de la Ley 5ª de 1992, además de la verificación de la competencia del Congreso por sustitución de la Constitución. Lo que pretende la demanda es que se verifique el contenido material de las disposiciones demandadas del Acto Legislativo 01 de 2005 a la luz de normas internacionales que se señalan como derechos fundamentales de carácter laboral. Sin embargo, la demanda no indica cómo la inclusión de las disposiciones demandadas sustituye la Constitución. De acuerdo a lo anterior no es posible para la Corte Constitucional revisar los cargos planteados por los demandantes. En consecuencia la Corte Constitucional se declarará inhibida para pronunciarse sobre dichos cargos por falta de competencia.

En una oportunidad más, se pronunció la Corte (2007g) respecto de la negociación colectiva:

15. El cargo formulado en la demanda por presunta extralimitación de la competencia del Congreso se funda en la premisa de que el derecho a la negociación colectiva es sustancial al Estado social de Derecho, al bloque de constitucionalidad y es *ius cogens*. Con independencia de que la Corte comparta o no estos argumentos, lo cierto es que ninguno de ellos sirve para demostrar que el derecho a la negociación colectiva en el ámbito pensional sea realmente un elemento sustancial y definitorio del Estado constitucional de Derecho. Tan “definitorio” que su restricción —o incluso su supresión— suponga la sustitución de la Constitución. En este sentido, la Corte constata que los argumentos de la demanda no demuestran que la restricción del derecho a la negociación colectiva en el ámbito pensional es de tal magnitud que luego de la vigencia del Acto Legislativo no resulta posible reconocer el régimen constitucional diseñado por la Carta de 1991. Tampoco demuestran que el cambio operado por la reforma da lugar al reemplazo de un elemento definitorio de la esencia e identidad de la Constitución de 1991, por otro opuesto o integralmente diferente. Nada se prueba en esta materia en la demanda de la referencia.

16. Desde el punto de vista de los argumentos constitucionales relevantes, lo que hace la demanda es (1) demostrar que el derecho a la negociación colectiva se encuentra reconocido en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Colombia; (2) indicar que en su criterio la restricción del derecho a la negociación colectiva en el ámbito pensional vulnera las normas constitucionales y el Derecho Internacional

público que consagra este derecho. En esos términos, lo que la demanda propone a la Corte es el control material del Acto legislativo, es decir, el control sustancial del Acto Legislativo, teniendo como referente el alcance que el bloque de constitucionalidad le asigna al derecho a la negociación colectiva. Por consiguiente, la demanda lo que hace es proponer una confrontación material entre dos normas: la nueva reforma y las normas que integran el bloque de constitucionalidad, con el argumento de que aquella sustituye la Constitución [...]. Dado que la Corte Constitucional no tiene competencia para ejercer el control material de una reforma constitucional y que el primer cargo de la demanda se orienta a dicho control, la Corporación se inhibirá para fallar sobre el primer cargo formulado en la presente demanda de inconstitucionalidad contra los apartes antes mencionados del Acto Legislativo 01 de 2005.

Visto de esa forma es evidente que no podían ni pueden prosperar demandas de inconstitucionalidad al Acto Legislativo 01 de 2005 fundadas en argumentos consecuencialistas o expectativas de un control material por parte de la Corte, sobre todo si desde la normatividad internacional es posible instituir limitaciones al derecho de negociación colectiva. La cuestión, entonces, parece estar en otro lado. En particular, se sugiere aquí, en las restricciones que el Acto Legislativo 01 de 2005 introduce respecto por los derechos adquiridos en materia pensional acordados mediante las convenciones colectivas, de modo especial en lo que se refiere al término estipulado para la pérdida de su vigencia.

Como ya se advirtió, es posible la introducción de limitaciones, a futuro, a la negociación colectiva en materias como las pensiones bajo los supuestos y las condicionantes de la normatividad internacional. Lo que no se puede es que tales limitaciones alteren el contenido de convenios colectivos ya pactados, por cuanto esto atenta contra un elemento definitorio de la esencia e identidad de la Constitución de 1991, el principio *pacta sunt servanda*. Este tiene como contrapartida, entre otros, los principios de buena fe, seguridad jurídica y de respeto por los derechos adquiridos (art. 58, CP), por lo cual se sobreentiende que las normas de Derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado.

En ese contexto, como reiteró el mismo Acto Legislativo, el que se asegure que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos debe entenderse también en el sentido de la vigencia de las cláusulas convencionales.

Dice el mismo Acto que los “pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente

•Pensiones y negociación colectiva.

estipulado” (Corte Constitucional, 2007i), es decir, por el tiempo señalado en las convenciones que, una vez consolidadas y entren en vigor, vienen a constituir ley para las partes y los derechos adquiridos, al margen de cualquier redefinición del régimen laboral (Corte Constitucional, 1995b) o pensional (Corte Constitucional, 2004c), salvo que la prórroga automática prevista en el Artículo 478 del CST se cruce con los límites temporales considerados en el Acto, es decir, el 31 de julio de 2010. Los ponentes principales en Senado adujeron:

[...] al establecer un plazo de vigencia para los acuerdos alcanzados mediante las convenciones colectivas de trabajo en materia pensional, desconociendo el término pactado en la misma convención, se está introduciendo una limitación contraria al objeto de los tratados que reconocen y protegen este derecho y por lo tanto se está restando validez a los acuerdos pactados entre los empleadores y trabajadores con arreglo a las normas nacionales e internacionales (Uribe *et ál.*, 2004, p. 5)<sup>254</sup>.

En otras palabras, al margen de que todas las convenciones colectivas pudiesen haber expirado para julio de 2010<sup>255</sup>, el inconveniente está en que una medida nugatoria del bloque de constitucionalidad hubiera puesto en suspenso —a expensas del control constitucional— un elemento definitorio del Estado y del texto constitucional colombiano y se le hubiera dado pie, a *contrario sensu* de lo sostenido por la propia Corte Constitucional, a otro opuesto o integralmente

.....  
254 Una posición en el mismo sentido sentó el entonces magistrado Jaime Araujo en su salvamento de voto a la sentencia C-472/06. Allí se sostuvo: “La reforma introducida a la Constitución Política por las expresiones demandadas del Art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 sustituye parcialmente a aquella. [...] la existencia de la negociación colectiva en materia laboral, como resultado de las luchas y conquistas de los trabajadores, en cuanto permite que éstos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en forma colectiva, por conducto de los representantes sindicales, alcancen mejoras en sus condiciones de trabajo, tanto económicas como sociales, que sin el uso de aquella no podrían lograr. Por ello, el Art. 55 de la Constitución, en forma completamente congruente con la naturaleza del Estado Social de Derecho consagrado en el Art. 1º ibidem, establece que “se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley” [...]. Por consiguiente, la exclusión o la restricción de la negociación colectiva laboral en el ordenamiento jurídico representan necesariamente la exclusión o la restricción de dicha protección, que a su vez es uno de los elementos definitorios de la esencia de la Constitución colombiana, como se indicó en estas consideraciones [...]. Por estas razones, la exclusión que las expresiones demandadas (Parágrafo 2º, Parágrafo transitorio 3º) hacen de la negociación colectiva en materia pensional una sustitución parcial de la Constitución, en cuanto reemplazan la protección especial del trabajo por su desprotección o desamparo, en esa materia, lo cual es totalmente opuesto o integralmente diferente al conjunto de normas de la Constitución, así como al bloque de constitucionalidad en la misma materia, esto es, totalmente incompatibles con ellos. En consecuencia, tales expresiones debieron declararse inexequibles, por falta de competencia del Congreso de la República como órgano reformador de la Constitución”.

255 La costumbre en Colombia es que en la negociación colectiva los acuerdos se pacten por dos años; sin embargo, en los últimos años se observó una tendencia a pactar incrementos mayores. En 2004, los datos del Ministerio de Protección Social dan cuenta de un total de 68 negociaciones colectivas (10,82 %) que pactaron vigencias superiores a dos años (González Herazo, 2010, p. 312).

diferente, en el que uno de los principios liberales básicos podría ser soslayado a conveniencia por razones estratégicas de carácter económico; la propiedad privada, el libre albedrío y la disponibilidad de esta por su propietario se encontrarían bajo amenaza de modificación o derogación de las situaciones jurídicas “consolidadas”. En el mismo sentido en el que se comentó respecto al Acto Legislativo 03 de 2011, *mutatis mutandi*, con un Estado de ese tipo se habría sancionado constitucionalmente el favorecimiento de una determinada escuela económica, de una determinada perspectiva sobre la relación ganancia-derecho(s), que tiene como uno de sus fundamentos el desconocimiento total del principio de progresividad<sup>256</sup>.

No obstante, como la propia jurisprudencia ha declarado, “[...] una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho” (Corte Constitucional 1998)<sup>257</sup>. Esto aun cuando frente a la interpretación de la no regresividad (en términos conservadores) o la obligación de progresividad (en términos más progresistas), que se refiere a la obligación que tienen los Estados de lograr la plena vigencia de los derechos sociales (y

.....  
256 La no regresividad, que se traduce en la premisa: los Estados tienen el deber de lograr progresivamente la plena vigencia de los derechos sociales, como lo establecen las normas que definen las obligaciones de los Estados en el Protocolo de San Salvador y en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

257 Sobre dichas probabilidades o esperanzas, la Corte (1998b) indicó: “[...] el principio de ‘confianza legítima’ pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. Como vemos, la ‘confianza legítima’ no constituye un límite a la posibilidad de que el Legislador derogue una normatividad anterior, pues la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. Es cierto que se trata de una suerte de expectativa que goza de una cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexecutable de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento”.



•Pensiones y negociación colectiva.

como uno de ellos, el derecho a pensión), no exista unanimidad en el seno de la propia Corte<sup>258</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha tenido comportamientos diferentes frente a este principio, como lo explica Uprimny y Guarnizo (2008):

[...] la Corte se ha movido por distintas tesis sobre el alcance de este principio, que van desde posiciones que podríamos calificar de radicales, que ya sea (i) niegan toda eficacia a dicho principio o ya sea (ii) tienden a considerarlo prácticamente como un mandato absoluto, para finalmente consolidar (iii) una tesis intermedia de protección, que utiliza el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad como criterio para determinar la validez o no de una medida regresiva, que en principio debe presumirse inconstitucional [...]. Resalta al respecto la Corte en sentencia C-671 de 2002 que *“una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales [como la pensión] se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”* y ha aclarado además que las medidas que tiendan a la regresividad de un derecho social deben contar con cinco elementos para ser razonables: (1) que la medida busque satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que, luego de analizar todas las alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece (p. 40; 46)<sup>259</sup>.

La aplicación de este test es, como sintetizó la Corte (2004a), la herramienta más idónea para examinar la favorabilidad o no de la aplicación de normas regresivas para ciertos grupos poblacionales (por ejemplo, los pensionados) que

.....  
258 Como lo ha dicho la Corte Constitucional (2008c), “la prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población”.

259 Este test de razonabilidad ha sido construido a partir de varias sentencias, entre ellas, C-1064 de 2001, C-671 de 2002 y C-931 de 2004 (Uprimny y Guarnizo, 2008).

pueden ser validadas en justificación a la salvaguarda de bienes constitucionales importantes<sup>260</sup>. Así, aunque la reforma constitucional propiciada por el Acto Legislativo 01 de 2005 alude a la progresividad que inspira el Preámbulo de la Ley 100 de 1993, resulta regresiva en muchas materias, pero ello no es óbice para que su validación se justifique, incluso para la posibilidad de limitar la negociación colectiva en el caso del régimen de pensiones con cargo al erario. Ello tampoco obsta para que el trabajador pueda perseguir, también legítimamente, su derecho a pensionarse de acuerdo con las cláusulas convencionales, en el entendido de que frente a una interpretación no-vinculante no se puede perseguir una solución *in genere*, pero sí una más favorable a las pretensiones de la parte más débil en el vínculo laboral, como se adujo acerca de las convenciones colectivas.

#### Negociación colectiva y bloque de constitucionalidad

No hay una solución definitiva para el problema-antinomia planteado aquí. Existen varias posiciones —algunas de las Altas Cortes— al respecto; sin embargo, como la propia jurisprudencia ha planteado, “los problemas de interpretación en la aplicación de una ley o norma constitucional, en el caso concreto laboral, deben ser resueltos por el funcionario judicial competente” (Corte Constitucional, 2001a).

.....  
 260 “Para la Corte el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de Derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario). Por su parte, la sentencia C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil, al examinar otra acusación parcial contra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiteró que incluso en materia laboral, y siempre y cuando no afecte derechos adquiridos, el Congreso puede establecer nuevas regulaciones menos favorables el trabajador, pues el Legislador ‘no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses’ (Fundamento 3.1). Finalmente, la reciente sentencia C-781 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández, examinó un cargo parcial contra el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que es una de las normas acusadas también en el presente proceso. El actor consideraba que esa disposición era inconstitucional y vulneraba derechos adquiridos y el principio de favorabilidad, pues recortaba conquistas históricas de los trabajadores. La Corte rechazó el cargo, pues consideró que el principio de favorabilidad no era relevante en ese caso, ya que éste ‘solamente adquiere sentido para desentrañar el sentido de una norma en beneficio del trabajador, cuando surgen dudas en la aplicación e interpretación de las mismas, pero no constituye fundamento para declarar inconstitucional una disposición por el simple hecho de que el Legislador adopte una nueva regulación que podría ser menos lucrativa para el trabajador, si ella no desconoce el mandato de respeto a los derechos adquiridos’ (Fundamento 6°). ‘17- Conforme a lo anterior, el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos’ (Corte Constitucional, 2003d).

Esto responde que los trabajadores no han perdido la posibilidad de demandar la justiciabilidad del derecho a pensionarse de acuerdo con las cláusulas convencionales, pues cuando se presentan antinomias normativas y no hay un orden jerárquico entre las normas en conflicto, el juez debe imprimir un nuevo orden jerárquico al conjunto de normas en cuestión y luego aplicar la que resulte superior a las demás. Tiene prevalencia la de negociación colectiva, excepto en eventos especiales, en los que exista restricción a la negociación colectiva en pensiones, pero en ningún caso la supresión de la misma.

Los argumentos que apoyan el anterior aserto derivan del bloque de constitucionalidad y de la posibilidad de que el juez interprete cuando se trata de derechos fundamentales:

El Juez debe buscar, como lo dice el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el Juez descubre si está frente a un derecho fundamental.

La labor que realiza el Juez de Tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta “teoría de la verificación” también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del Juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. “El Juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos” (Corte Constitucional, 1992e).

**Bien puede el juez considerar que el derecho a pensión es un derecho fundamental, en el entendido que ha indicado la Corte Constitucional (2005a):**

[...] hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

Los Convenios 87, 98 y 154 forman parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, 1999b; 1999c; 2001d; 2000a; 2000d; 2000g; 2005a; 2008b; 2009b). Asimismo, la Corte Constitucional (2000h<sup>261</sup>; 2000d<sup>262</sup>; 2008d;

261 “[...] la Corte, al avocar el tema, sólo puede realizar el examen de las normas legales impugnadas frente a la Constitución, y también, en este caso, al Convenio 87 de la O.I.T., que según jurisprudencia de la Corporación, hace parte del denominado ‘bloque de constitucionalidad’ (Corte Constitucional, 2000h).

262 Se puntualizó allí que “Según los arts. 53, inciso 4, 93 y 94 de la Constitución el contenido y alcance del derecho de asociación sindical ha de fijarse con arreglo a los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos. Específicamente ha de tenerse en cuenta el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización que, en lo pertinente, establece los siguientes principios: Artículo 1: ‘Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual este en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes’. Artículo 2: ‘Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas’. Artículo 3: ‘1. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular sus programas de acción’. ‘2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal’. Artículo 4: ‘Las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa’. Artículo 5: ‘Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a las organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores’. Artículo 6: ‘Las disposiciones de los arts. 2, 3 y 4 de este convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores’. Artículo 7: ‘La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los arts. 2, 3 y 4 de este Convenio’. Artículo 8: ‘1. Al ejercer los derechos que se le reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad’. ‘2. La legislación no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en este Convenio’. Artículo 11: ‘Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación’. Las normas del Convenio 87 se encuentran complementadas en el Convenio 98, que regulan lo relativo a la aplicación de los principios de derecho de sindicalización y negociación colectiva. La Corte (2000g) precisó la relación entre derecho de asociación y libertad sindical de la siguiente manera: ‘En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autorregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos’. Considera la Corte, en consecuencia, que la libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios

•Pensiones y negociación colectiva.

2008e), ha hecho referencia al Convenio 87 como parte del bloque de constitucionalidad e incluyó el Convenio 154 como parte del mismo (Corte Constitucional, 2008b; 2009b).

Con la expedición de las leyes 26 y 27 de 1976, Colombia ratificó los Convenios 87 y 98 de la OIT, relativos a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva, respectivamente. Así mismo, mediante la ley 524 de 1999 fue aprobado el Convenio 154 de la OIT el cual fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en la sentencia C-161 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

3.2 Ahora bien, según el artículo 93 de la Constitución los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Congreso, prevalecen en el ordenamiento interno y constituyen criterio de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta, lo cual expresa en la figura del bloque de constitucionalidad. Concretamente en materia laboral, el artículo 53 *ibidem* dispone que hacen parte de la legislación interna los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido (i) en primer lugar, que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna, de conformidad con el inciso 4 del artículo 53 de la CN; (ii) en segundo lugar, que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad; (iii) en tercer lugar, ha realizado una distinción entre los convenios de la OIT para señalar que alguno de ellos pertenece al bloque de constitucionalidad en *sentido estricto* (inciso 1 art. 93 CN) y en sentido *lato* (inciso 2º CN). Los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno, en cuanto prohíben la limitación de un derecho humano bajo los estados de excepción y en consecuencia hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia. Los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato “*sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53).*”

---

estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) la facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical” (cursivas propias) (Corte Constitucional, 2000d).

(iv) En cuarto lugar, ha establecido la Corte que hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte misma determine que pertenecen al mismo, de conformidad con las materias de que traten. (v) Finalmente, ha establecido la Corte que el carácter normativo obligatorio de los convenios de la OIT ratificados por Colombia impide que sean considerados como parámetros supletorios ante vacíos en las leyes, y que deben ser aplicados por todas las autoridades y los particulares.

Así las cosas, **esta Corporación ha establecido expresamente que los convenios 87 y 98 de la OIT, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. En relación con el convenio 154 de la OIT esta misma Corporación ha establecido su pertenencia al bloque de constitucionalidad** (negritas propias) (Corte Constitucional, 2008b).

Demostrada la pertenencia de los Convenios aludidos al bloque de constitucionalidad, vale la pena recordar que dicho concepto cumple tres funciones esenciales: a) integradora, por la cual puede integrar normas constitucionales que no se encuentran en el texto de la Constitución, pero que, en ocasión a remisiones, forman parte de la misma; b) una función interpretativa, que es un conjunto normativo que permite garantizar que las normas constitucionales deben ser interpretadas como un todo armónico, pese a no configurarse en el mismo espacio normativo de la Constitución formal. Busca que la interpretación se oriente a garantizar los derechos humanos o, si se prefiere, se haga efectivo el principio *pro homine*, el cual está acorde con el Artículo 93 inciso 2, y c) sistemática, que muestra al ordenamiento como un sistema dentro del que se encuentran las normas que conforman ese bloque.

Las funciones serán aplicadas por los jueces competentes cuando se lleven a su consideración los casos pertinentes respecto a las limitaciones nugatorias que conllevó el Acto legislativo 01 de 2005. Puesto que por vía de jurisprudencia constitucional se tiene establecido el carácter vinculante de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT, los jueces han de involucrarlos en su interpretación integradora<sup>263</sup>, máxime cuando la Comisión de Expertos en

.....  
263 La Corte Constitucional (2003b) señaló: "Las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical son vinculantes en el derecho interno colombiano. Reiteración de jurisprudencia [...]. 3. Esta Corporación tuvo oportunidad de analizar la naturaleza y alcances de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. En efecto, en la sentencia T-568 de 1999 la Corte Constitucional estableció el carácter vinculante de esas recomendaciones, atendiendo a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano, al suscribir y ratificar el Tratado constitutivo de la OIT. Para tales efectos diferenció entre las recomendaciones emitidas por la OIT y las de sus órganos de control. Así, dijo que a diferencia de los convenios, las recomendaciones pronunciadas por la OIT no son normas creadoras

## Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en la reunión de 2009, ratificó lo indicado por el Comité de Libertad Sindical y señaló:

CONCLUSIONES. En lo que respecta a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, en particular en relación con la prohibición general de establecer un régimen pensional distinto al establecido en el régimen general de pensiones, el Comité pidió al Gobierno que, con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realizara consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones o esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.

La Comisión recuerda en el mismo sentido que ha estimado el Comité que las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio; como método particularmente adecuado para remediar a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destina-

---

de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados parte en busca de las condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países; mientras que las recomendaciones de sus órganos de control en ocasiones son vinculantes. Para una mayor precisión, y como quiera que se reiterará la anterior jurisprudencia, la Sala citará in extenso los apartes pertinentes de la sentencia T-568 de 1999. Expresó la Corte: 'La OIT se manifiesta a través de Convenios y Recomendaciones, según el artículo 19 de su Constitución. La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que a diferencia de los Convenios, las Recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países'. Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 'La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella'; '39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria [...]'. Por último, 'Todos los órganos de los Estados Parte tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno [...] siendo por tanto el Estado [...] el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas'. 'El caso que se estudia ahora corresponde al segundo tipo: es una recomendación emitida por un órgano de control de una Organización Internacional [...]'. 'Como se enunció anteriormente, el Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. [...] por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (Arts. 24 y ss.)'.

das a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva (OIT, 1994, párr. 250)<sup>264</sup>.

De acuerdo con lo considerado, parece ser que para la OIT los Convenios 87 y 98 son una obligación *erga omnes* para los Estados, que compromete su responsabilidad, amén de tener una implicación normativa que produce efectos frente a todo el mundo. Dicho aspecto conlleva su obediencia, pues desde el bloque de constitucionalidad, los Convenios 87, 98 y 154 forman parte de nuestra Constitución. Los dos primeros son esenciales, con efecto *erga omnes*, es decir, exigibles frente a todo el mundo independientemente de si el país los ratificó o no, amén de ser la norma mínima que debe regir en materia de libertad sindical y negociación colectiva.

Además, como en el contenido de los tres Tratados está permitida la negociación colectiva en pensiones, no pueden ser desconocidos a pesar de la legislación interna. Los órganos de control de la OIT son la instancia inicial de interpretación de los convenios hasta que Colombia solicite que la Corte Internacional de Justicia se pronuncie y han conceptuado que se debe permitir que las partes de la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y los esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.

Así pues, las funciones integradoras, interpretativa y sistemática del bloque de constitucionalidad dan pie a la prevalencia a la negociación colectiva en pensiones, todo lo cual implica que la antinomia debe resolverse a favor de las normas que permiten la negociación colectiva en pensiones. En ese sentido, en el choque de normas constitucionales, esta debe salir adelante, porque con ello se

.....  
264 Ante denuncia de la organización sindical Atelca, el Comité de Libertad Sindical señaló: "Recomendaciones del Comité 671. En vista de las conclusiones provisionales que anteceden el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes: a) en lo que respecta a los alegatos relativos a la limitación del derecho de negociación colectiva en virtud de la reciente adopción del acto legislativo núm. 01, de 22 de julio de 2005, que modifica el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social, el Comité: i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento; ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo" (OIT, 1994, párr. 801).



•Pensiones y negociación colectiva.

garantiza que subsista el derecho, antes que arrasarlo por completo, como lo pretende el Acto Legislativo 01 de 2005. Sobre este tema, la Corte (2003c) expresó:

*Y como, en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1º, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal, y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1º y la Convención Interamericana, y menos aún este numeral implica una sustitución de la Constitución (cursivas propias).*

Ahora bien, las pensiones forman parte del objeto de negociación colectiva y, por ende, pertenecen a los derechos de sindicación y negociación colectiva<sup>265</sup>. En el análisis de la Corte Constitucional (2008f) se indicó:

.....  
265 La negociación colectiva va regida por los principios de: a) negociación libre y voluntaria; b) libertad para decidir el grado de negociación, y c) buena fe. El Artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, precisa: «Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Por su parte, el Convenio 154, establece: "Artículo 2º. A los efectos del presente Convenio, la expresión 'negociación colectiva' comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. Artículo 5º. 1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva. 2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que: a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio; b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio; c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia

El artículo 39 de la Constitución consagra el derecho de sindicación, al establecer que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Derecho de asociación sindical que comprende tres enfoques, a saber: (i) libertad individual de organizar sindicatos; (ii) libertad de sindicalización, ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiarse a un sindicato; y, (iii) la autonomía sindical, que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno [...]. Por su parte, el artículo 55 de la Constitución, garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Imponiéndole al Estado el deber de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

El alcance del derecho de negociación colectiva, lo ha señalado esta Corporación con base en lo dispuesto en el artículo 2º. del Convenio 154 de la OIT, en el cual se hace referencia a la negociación colectiva *como un concepto genérico que alude a las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores, con el propósito de fijar las condiciones que habrán de regir el trabajo y el empleo, o con el fin de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros.*

**La Corte ha precisado que el derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representan-**

---

de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva". Los párrafos 925 a 931, de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, desarrollan el principio de negociación libre y voluntaria. El párrafo 925, desarrolla el principio de la negociación voluntaria y la autonomía de los interlocutores sociales, constituyen un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical; el 926, indica que para ser eficaz la negociación colectiva, debe tener carácter voluntario y no implica medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación; el 927, precisa que ninguna disposición del convenio 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones; del 928 se desprende que las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación; del 929 se infiere que los gobiernos deben abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación colectiva. En ese mismo texto, el párrafo 912, sobre materias cubiertas por la negociación colectiva, señala: "Las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el convenio 98; como método particularmente adecuado para remediar este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, líneas directrices en materia de negociación colectiva".

**tes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores**<sup>266</sup>.

Ahora bien. Son estrechas las relaciones entre los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, pues como ya lo ha considerado la Corte<sup>267</sup>, el derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono.

Además, si bien existe una clara relación entre los citados derechos, de todas maneras cada uno es distinguible del otro en cuanto que el derecho de asociación sindical persigue asegurar la libertad sindical, mientras que el de negociación colectiva se constituye en un mecanismo para regular las relaciones laborales [...]. Además, ninguno de los derechos en mención tiene un carácter absoluto en cuanto pueden ser limitados por la ley, de conformidad con lo previsto en la Constitución. En efecto, tales limitaciones deben ser razonadas y proporcionadas y, como lo ha considerado esta corporación, **las limitaciones a los derechos de sindicación y de negociación colectiva podrán ser justificadas en cuanto busquen proteger bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general, el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica y la función social de las empresas, entre otros**<sup>268</sup>.

En cuanto a las fuentes internacionales provenientes de la OIT, cabe resaltar en esta oportunidad, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (núm. 98). Sobre estos dos convenios, la Corte ha considerado que forman parte del bloque de constitucionalidad en cuanto se refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo como la libertad sindical y la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva [...].

Cabe recordar finalmente, la Recomendación 163, sobre el fomento de la negociación colectiva<sup>269</sup>, que entre los medios para dicho fin, en la medida que resulte necesario y apropiado, dispone que se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones

266 Se refiere a Corte Constitucional (2001f), reiterada en Corte Constitucional (2005b; 2007e).

267 Se refiere a Corte Constitucional (1993d; 1994c; 2001f).

268 Se refiere a Corte Constitucional (2007e).

269 Adoptada en junio de 1981, en la sexagésima séptima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

nacionales para que: a) las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sean reconocidas a efectos de la negociación colectiva; b) en los países en que las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, dicha determinación se base en criterios objetivos y previamente definidos, respecto del carácter representativo de esas organizaciones, establecidos en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores. Dicha recomendación consagra además, entre otros asuntos, que en los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras deberían velar porque exista coordinación entre ellos.

4. El alcance del derecho de negociación colectiva en el Convenio 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva. El Convenio 154 de la OIT, fue aprobado mediante la Ley 524 de 1999. Mediante sentencia C-161 de 2000, la Corte realizó el control de constitucionalidad tanto de la ley como del tratado, y los declaró exequibles<sup>270</sup> [...]. Cabe recordar, como lo ha considerado esta Corporación, que la

.....  
 270 La Sentencia 466 de 2008 declaró la pertenencia del Convenio 154 al bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2008b); sin embargo, la Corte Constitucional (2007e) aludió a los alcances que la Sentencia C-161 de 2000 le dio al Convenio 154 de la siguiente "manera: "El artículo primero del Convenio establece una regla de amplio alcance sobre su ámbito de aplicación pues señala que **éste cubre todas las ramas de actividad económica**, concepto extenso que abarca tanto al sector público como el privado de la economía, sin hacer distinciones entre trabajo rural y urbano ni tampoco en relación con el tamaño de las unidades de producción. **Cuando examinó este precepto la Corte Constitucional sostuvo que la legislación interna colombiana podría delimitar el alcance de la referencia a todas las ramas de la actividad económica, y que en todo caso esta expresión era 'más amplia que la definición de empresa, pues esta última es tan solo una modalidad de aquella, por lo cual no la agota'**. Esta regla general de aplicabilidad es matizada por los incisos siguientes del mismo artículo, los cuales permiten a **los Estados parte regular de manera distinta el derecho de negociación colectiva respecto de ciertos sujetos o respecto de ciertos sectores económicos**. De este modo el inciso segundo remite a la legislación nacional la determinación de si la negociación colectiva puede predicarse respecto de las fuerzas militares y de la policía, asunto que debe ser decidido por el ordenamiento interno de cada Estado. En la misma dirección, el tercer inciso del mismo artículo prevé que **la legislación interna podrá fijar modalidades particulares de negociación para la administración pública**, tema que por otra parte ha sido tratado de manera extensa por la Corte Constitucional especialmente en cuanto al alcance de este derecho respecto de los empleados públicos. En esa medida el derecho de negociación colectiva de los empleados de las entidades públicas puede estar sujeto a especiales restricciones de índole legal, las cuales encuentran justificación precisamente en las particularidades de la vinculación legal, reglamentaria o contractual de los servidores públicos con la administración, por una parte, y adicionalmente a los peculiares intereses que tutela y satisface el Estado. Al artículo 2° del Convenio ya se ha hecho alusión en acápites anteriores de la presente decisión pues define la expresión '**negociación colectiva**' en un sentido amplio, de manera tal que '**comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la "vez'**. La anterior definición ha sido frecuentemente empleada por la jurisprudencia constitucional para precisar el alcance del artículo 55 constitucional, e indicar que este derecho puede hacerse efectivo por una pluralidad de instrumentos los cuales no se reducen a las convenciones y pactos colectivos. **El artículo 3° del tratado remite a la legislación interna la posibilidad de prever que la negociación colectiva**

•Pensiones y negociación colectiva.

expresión “negociación colectiva” de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Constitución, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. Puede afirmarse entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie y como especie, pueden ser objeto de algunas restricciones (Sentencia C-1234 de 2005).

El Convenio colectivo, si bien es el resultado de la negociación, pues de conformidad con lo previsto en el C.S.T., art. 435, inc. 2º, si se llegare a un acuerdo total o parcial

---

**sea adelantada por los representantes electos de las asociaciones de trabajadores.** Esta cláusula guarda relación con el artículo 3º del Convenio 135 de la OIT 'relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa', el cual consagra dos categorías de representantes de los trabajadores. El apartado a) se refiere a los representantes sindicales que son nombrados o elegidos por los sindicatos. Mientras que el apartado b), que es la disposición a la cual se remite el artículo 3 del Convenio 154, hace referencia a los representantes electos, esto es, a quienes resultan libremente elegidos por los trabajadores de la empresa. **El inciso segundo del artículo en comento señala que la legislación interna deberá adoptar medidas que garanticen que la existencia de los representantes no se utilice para menoscabar la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas.** El artículo cuarto señala que **las disposiciones de este instrumento deben ser aplicadas mediante convenciones, laudos arbitrales o leyes y normas nacionales.** A juicio de esta Corporación el artículo en cuestión debe ser entendido en el sentido que la aplicación primaria del convenio deberá realizarse en los contratos colectivos o laudos arbitrales, pues **'el derecho a la negociación colectiva se hace efectivo y se concreta, en nuestra legislación, a través de la celebración de convenciones o pactos colectivos, los cuales "constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores'.** La siguiente disposición del Convenio radica en cabeza de los Estados parte el deber de adoptar medidas dirigidas a fomentar la negociación colectiva, si bien el precepto en cuestión no especifica cuales medidas, y deja una amplia libertad de configuración en cabeza de los órganos estatales responsables, si señala cuales son los propósitos que éstas deben perseguir, entre los que se destacan los siguientes: —posibilitar la negociación colectiva a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el Convenio; —extender la negociación colectiva progresivamente a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del Convenio; —fomentar el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; —fijar reglas claras y suficientes que rijan el desarrollo de la negociación colectiva de manera que el ejercicio de este derecho no resulte obstaculizado por la inexistencia de procedimientos o la insuficiencia o el carácter impropio de los preceptos que regulen la materia; —configurar los órganos y procedimientos de solución de los conflictos de manera tal que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

En el mismo sentido, el artículo 8º del Convenio señala que las medidas de fomento a las que hace alusión el anterior precepto no podrán concebirse o aplicarse de tal forma que obstaculicen la libertad de negociación colectiva. El artículo 6º permite la existencia de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva puede concretarse en la conciliación o el arbitraje, siempre y cuando estos sean fruto de una participación voluntaria de las partes. Por su parte el artículo 7º del instrumento internacional dispone que las medidas de fomento deberán ser objeto de consultas previas entre las autoridades públicas, los empleadores y los trabajadores. Finalmente los artículos 9º y siguientes consagran las reglas instrumentales para la adopción y ejecución del convenio" (negrillas propias).

sobre el pliego de peticiones, se firmará la respectiva convención colectiva, no es sólo un contrato sino que se constituye en norma jurídica dictada por la empresa y los trabajadores, a través de un acuerdo de voluntades reglado y de naturaleza formal, que se convierte en fuente autónoma de Derecho, dirigida a regular las condiciones individuales de trabajo, con sujeción a los derechos mínimos ciertos e indiscutibles de los trabajadores. Así, por tener un claro contenido regulador y constituir sus cláusulas derecho objetivo, la misma adquiere el carácter de fuente formal del derecho (negrillas propias).

Puesto en claro el marco jusconstitucional que ampara la negociación colectiva, es obvio que las limitaciones creadas por el Acto Legislativo 01 de 2005 no cumplen ninguna de las condiciones mencionadas por la Corte para limitarlo; esto es, que busquen proteger bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general, el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica y la función social de las empresas.

A pesar de que al Legislador le corresponde configurar el sistema pensional con las excepciones (Fuerzas Armadas, algunos trabajadores públicos), eso no impide que los trabajadores pacten condiciones de pensiones adicionales, más aún cuando las limitaciones presupuestales y económicas en general forman parte del proceso de negociación colectiva y esto da lugar a obtener mayores o menores beneficios o, por lo menos, mantener algunos, suprimir otros, etc.

En nada se afectan el interés general, el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica o la función social de las empresas por el desarrollo de un derecho fundamental que no interfiere con la seguridad social, sino que, a partir de los beneficios otorgados por la ley, permite mejorar las prestaciones de seguridad social a cargo del empleador y no del sistema.

Lo que hace el Acto Legislativo 01 de 2005 no es restringir o limitar el derecho a la negociación colectiva en materia de pensiones, sino suprimirlo. Por ello, debe mantenerse la interpretación más favorable bajo el principio *in dubio pro operario*, esto es, aplicar la interpretación que más favorece al trabajador, *pro hominem*, o sea, la que no suprime el componente pensiones de la negociación colectiva.

Dicha máxima interpretativa no solo es una directriz de preferencia de interpretaciones entre las varias posibles de un mismo precepto normativo, sino una directriz de preferencia de normas; el juez debe aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su jerarquía jurídica. Al fin y al cabo, en desarrollo del mandato constitucional<sup>271</sup>, el Congreso de la República dictó la Ley 100 de 1993, mediante la cual se estableció el Sistema Social de Seguridad Integral, que:

[...] tiene como objetivo la garantía de la “calidad de vida acorde con la dignidad humana”, lo precedente a través de la protección de las contingencias que a los individuos afecten. Así entonces, no cabe duda que 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. Por tal razón, y para un mejor manejo del propio Sistema, la ley 100 de 1993 contempló tres aspectos primordiales de la seguridad social, estos son: i. El sistema general de pensiones, ii. El sistema general de salud; y iii. El sistema general de riesgos profesionales (Corte Constitucional, 2005c).

Según la interpretación presentada, nada exige al jurista de hacer una interpretación armonizadora o un balanceo de valores, en aras de compatibilizar derechos entre sí o algunos derechos con las necesidades del bien común, en cada caso concreto. La Corte Constitucional (1992d; 1997f; 2001e; 2002c) ha tratado el tema de la prevalencia del interés general y los derechos fundamentales, con preponderancia del derecho fundamental. Además, la Corte Constitucional (2009c; 2009d; 2009e; 2009f) ha considerado que la pensión es un derecho fundamental. Por eso, para armonizar el derecho a la negociación colectiva con la regla que sustenta la prohibición de la negociación colectiva en materia de pensiones, que forma parte del derecho a la seguridad social, ha de llevarse a cabo

.....  
271 No hay que olvidar que, como resultado de los lineamientos trazados por el Estado social de Derecho, la Constitución de 1991 instituyó originalmente la seguridad social como un servicio público: “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

una ponderación. En ese entendido, ha de garantizarse la viabilidad del raciocinio teórico y práctico<sup>272</sup>.

El primer término se refiere al conjunto de condiciones que debe cumplir una conceptualización teórica para ser tomada como tal en términos racionales; en el caso de la racionalidad teórico-jurídica, tales criterios han de cumplir cuatro propiedades básicas: a) claridad conceptual y estructural con respecto a otros conceptos; b) inteligibilidad de ese concepto y estructura; c) fundamentación en el orden jurídico, esto es, base jurídica plausible, y d) consistencia y completitud, es decir, funcionamiento lógico-axiomático.

En contraste, la racionalidad práctica se refiere a los criterios que un comportamiento debe cumplir para ser tomado como racional; la racionalidad práctica de una fundamentación jurídica precisa el cumplimiento de los criterios convencionales de la lógica y la argumentación jurídica. En resumen, debe poseer claridad conceptual, estructural y una fundamentación no contradictoria.

No está de más recalcar que nuestro trabajo pretende desarrollarse en los lineamientos de la racionalidad teórica, aunque sin desconocer la implicación con la racionalidad práctica, pues la antedicha distinción sirve más como herramienta de claridad epistémica que como modelo descriptivo de la realidad jurídica.

Santofimio Gamboa (2003) sostiene:

La ponderación, no obstante las críticas crecientes de la doctrina, pero también a partir del reconocimiento de sus fortalezas, constituye un preciado e importante instrumento de aplicación de principios jurídicos cuando estos entren en colisión y no de simples reglas bajo consideraciones meramente formales de subsunción. Esto es, se trata de normas, que no están dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada; tienen ante todo una estructura de mandatos de optimización, que como lo destaca Alexy, simplemente ordenan que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes [...]”, en donde las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ejemplo de estas normas son entre otros los derechos fundamentales —la optimización aclara Alexy incluye permisos y prohibiciones—. Bajo la construcción teórica de Alexy, los conflictos normativos pueden devenir de la aplicación de simples reglas o de la confluencia de principios al momento de la adopción de una

272 Sobre esta diferencia pueden verse Searle (1990; 2000). Sobre las reglas de la argumentación jurídica, pueden verse Alexy (1989) y Atienza (1991).



decisión, para lo cual es factible acudir a los métodos de la subsunción o de la ponderación según sea el caso, conforme a lo expuesto. De manera sencilla el profesor Arroyo, siguiendo de cerca los trabajos de la doctrina, en especial los de Luis Prieto Sanchís, propone el siguiente cuadro resumen de las hipótesis de subsunción y de ponderación en donde las normas en conflicto se denominarán N1 y N2:

que N1 preceda a N2 en todo caso (N1 P N2),

que N2 preceda a N1 en todo caso (N2 P N1)

que N1 preceda a N2 si se dan unas circunstancias C (N1 P N2) C; y que N2 precede a N1 si se dan otras circunstancias distintas a C (N2 P N1) C`.

Las dos primeras corresponden a relaciones de precedencia incondicionada que se dan comúnmente entre normas que guardan entre sí relaciones de jerarquía o competencia. Las segundas que en el modelo corresponden a los puntos (iii) y (iv) corresponden a relaciones de precedencia condicionada que solo opera si se dan determinadas circunstancias debidamente razonadas y en esencia se ubican en la base de la ponderación. La ponderación resulta entonces ser de acuerdo con las elaboraciones de Alexy, un juicio de precedencia condicionada [...]. “Un proceso de argumentación en el que se enumeran y justifican las circunstancias que deben concurrir en el caso concreto para que un principio preceda a otro, y se fundamenta correctamente porque en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa por tanto establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada [...]”. Así las cosas, de entrar en conflicto varias de estas normas, esto es, existiendo para efectos de la adopción de una decisión discrecional principios contrapuestos o que respaldan reglas opuestas, es decir, enfrentada la administración al dilema de una colisión de principios, opera consecuentemente la ponderación, con el claro propósito de darle el mayor peso al principio que mejor solución ofrezca respecto del asunto llamado a ser resuelto, con el fin de evitar la adopción de decisiones contrapuestas u opuestas frente a una misma situación fáctica. Ponderar, por lo tanto, es determinar cuál es el peso específico de los principios que eventualmente entran en colisión, justificada y fundamentada. Ponderar es sopesar dos o más principios del mismo nivel estableciendo entre ellos una precedencia condicionada para la selección del que mayor peso tiene para efectos de fundamentar una decisión. Ahora bien, el método resulta efectivo proporcionándonos una ponderación correcta, solo si la relación de precedencia condicionada que se establece puede ser fundamentada correctamente, en este sentido este ejercicio se configura en la teoría de la ponderación, en una condición o presupuesto de validez de su resultado. La ponderación constituye desde esta perspectiva entonces un criterio metodológico apropiado para establecer la “mayor medida posible” en la que un principio aplica para su operancia en una determinada decisión frente a

otros de igual categoría y envergadura. Esto es, permite determinar el mayor grado de aproximación para satisfacer un principio, en relación con otro u otros, que también, teniendo vocación para ser aplicados en relación con el asunto concreto, pero que dadas sus estructuras, resultan entre sí incompatibles. La ponderación así vista, es ante todo una estructura formal, mediante la cual se establece una relación de precedencia condicionada, entre principios relevantes en cada caso o asunto que le corresponda a la administración resolver y que le permite en consecuencia a esta fundamentar su decisión (p. 437-440).

En este marco, la ponderación no lleva en cada caso a una solución precisa, es decir, no se verifica la tesis (dworkiniana) de la única respuesta correcta. Así, la solución que sea apropiada después de la ponderación dependerá de valoraciones no controlables por el procedimiento mismo.

El fenómeno subyacente a este problema del “decisionismo” puede hacerse patente más fácilmente en relación con el asunto crítico del principio de proporcionalidad (o “ponderación”) que supone, según Alexy (1989), tres exigencias básicas para su desarrollo: idoneidad, necesidad y proporción. Estos criterios fundan el hecho de que la inconstitucionalidad de una intervención en los “derechos fundamentales” —o sobre su demanda— hecha por mayoría parlamentaria solo se puede llevar a cabo cuando hay una “fundamentación acertada sobre que tales medidas de intervención transgreden el contenido de los derechos fundamentales” (Alexy, 1989, p. 89). El problema yace aquí en el significado de los conceptos “fundamentación acertada” y “contenido de los derechos fundamentales” (Alexy, 1989, p. 89). Como se ha mostrado, se requiere la formulación de la ley de la ponderación que:

[...] pretende establecer los grados de insatisfacción o detrimento de un principio en juego, “[...] Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro [...]”. Esta ley así entendida permite reconocer en la ponderación un sendero lógico de conformación de la decisión a través de la cual se observa el grado de aceptación o no de uno de los principios en conflicto, en otras palabras, su grado de satisfacción o afectación; la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; la determinación de si la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Se trata de una estructura que busca ante todo consolidar

•Pensiones y negociación colectiva.

el carácter racional de la ponderación, negando su carácter arbitrario o irreflexivo (Alexy, 1989, citado en Santofimio Gamboa, 2003, p. 442)<sup>273</sup>.

Al juez competente le corresponde ponderar considerando que el concepto de mejorar las condiciones laborales establecidas en la ley no se refieren solo a las condiciones que deben regir el contrato de trabajo, sino también los asuntos pensionales, porque la pensión es fruto de su trabajo y su ingreso en época no laboral<sup>274</sup>. Cuando se presenta una antinomia acerca del derecho fundamental al trabajo, el juez ordinario tiene competencia para resolverlo; por lo mismo:

.....  
273 "En circunstancias excepcionales, los derechos pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionales. En estos eventos, para asegurar su vigencia plena y garantizar una aplicación armónica de los mismos, primero el Legislador y luego los distintos operadores jurídicos, tienen la carga de buscar conciliar tales derechos, de manera que sólo cuando ello no sea posible y se genere un conflicto entre ellos, deben proceder a determinar las condiciones de prevalencia del uno sobre el otro a través de juicios de ponderación. A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite dichas ponderaciones. La Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro" (Alexy, 1989, citado en Santofimio, 2003, p. 422).

274 «No sobra señalar que, **cualquiera que sea la naturaleza y jerarquía que dentro de las fuentes normativas se les reconozca a los denominados principios fundamentales y a los elementos esenciales del Estado, es lo cierto que por su prioridad política y lógica ellos no podrán ser ignorados por el intérprete de las normas que en su conjunto integran el ordenamiento jurídico** [...]. Aquí se reconoce que el trabajo es un derecho individual y una obligación social y que gozará de la especial protección del Estado, independientemente de la forma en que se ejerza [...]. Este señalamiento expreso resulta de importancia dada la tendencia que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico a proteger preferiblemente unas formas de trabajo sobre otras [...]. Sobre la señalada trascendencia del trabajo, visto como uno de los valores fundamentales de la Constitución vigente, reitera la Corte lo que afirmara en sentencia del veintinueve (29) de mayo del presente año: "La Constitución es un sistema portador de valores y principios materiales. En su 'suelo axiológico' se encuentra el valor del trabajo, que según el Preámbulo de la Carta fundamental se debe asegurar a los integrantes de la sociedad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Por ello el Constituyente le otorgó al trabajo el carácter de principio informador del Estado social de Derecho, al considerarlo como uno de sus fundamentos, al lado de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que integran la sociedad y la prevalencia del interés general (artículo 1º de la Constitución). La persona es el sujeto de la Constitución y, como condición de la dignidad humana, la Carta es portadora de derechos y deberes (Título II). El trabajo es justamente uno de ellos (artículo 25), con un carácter de derecho-deber y, como todo el tríptico económico de la Carta —propiedad (art. 58), trabajo (art. 25), empresa (art. 333)—, cumple una función social. El trabajo es una actividad que goza en todas sus modalidades de especial protección del Estado. Una de las garantías es el estatuto del trabajo, que contiene unos principios mínimos fundamentales (artículo 53), cuya protección es de tal naturaleza, que es inmune incluso ante el estado de excepción por hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden social, económico y ecológico. El gobierno, con las facultades excepcionales que le otorga la declaratoria de dicho estado, no puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (artículo 215). El mandato constitucional de proteger el trabajo como derecho-deber, afecta a todas las ramas y poderes públicos, para el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que genera esa labor humana (artículo 2º)". Los artículos 13 y 53 constitucionales consagran la igualdad material en general y en el trabajo en particular, respectivamente. De acuerdo con la primera de las normas mencionadas, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general (Corte Constitucional, 1995c).

### Alternativas a la negociación colectiva en pensiones

Existen los suficientes argumentos jusconstitucionales para defender la justicia-bilidad del derecho a la pensión producto de la negociación colectiva. Aunque el principio de solidaridad es uno de los que direccionan el régimen de seguridad en pensiones, en virtud de lo indicado, todo parecería indicar que su desarrollo en el caso de la negociación colectiva —bien bajo la forma de pacto o convención colectiva— está llamado a la disputa.

El texto constitucional pregona el respeto por el derecho de asociación, mas, para algunos intérpretes, la prohibición taxativa (también de rango constitucional) de establecer condiciones pensionales diferentes a las del Sistema General de Pensiones mediante el empleo de dichas figuras le cierra el paso a la negociación colectiva sobre tales asuntos.

La preocupación demostrada en las exposiciones de motivos y en las ponencias del entonces proyecto de Acto Legislativo 01 de 2005 se dirigía a mostrar que en el sector público los regímenes convencionales habían originado distorsiones financieras insostenibles para las empresas del sector, así como situaciones inequitativas y discriminatorias en el seno de los propios trabajadores

---

los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". **En el artículo 53, específicamente aplicable a las relaciones laborales, exige la Carta que la ley, al expedir el Estatuto del Trabajo, tenga en cuenta como principio mínimo fundamental "la igualdad de oportunidades para los trabajadores", la cual debe extenderse a todos los aspectos de la protección que ellas merecen, en aspectos tales como la estabilidad en el empleo, la remuneración mínima vital y móvil, la proporcionalidad de ella a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la situación de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho"** (negrillas propias) (Corte Constitucional, 1992a).

•Pensiones y negociación colectiva.

(funcionarios o empleados), pero se hacía poca o nula mención a lo sucedido en el sector privado<sup>275</sup>.

Por extensión, se ha entendido que la limitación mencionada cubre a los trabajadores y las organizaciones de dicho sector, a pesar de que el reconocimiento constitucional del tríptico económico en el que se funda el Estado (propiedad-trabajo-libre empresa) y de los principios que lo dirigen (derecho de propiedad, libre competencia y libertad de empresa) son incompatibles con limitaciones de ese tipo.

En línea con la argumentación jurisprudencial expuesta, negarle por reforma a un empresario-empleador la libre iniciativa privada de acordar por convención o pacto con sus trabajadores unas “condiciones pensionales especiales”, en su libre albedrío y disponibilidad presupuestal, equivaldría a sustituir la Constitución, pues no solo se afectaría un elemento definitorio de la esencia e identidad de la Constitución, sino todos aquellos que comprometen la libertad económica. Por ejemplo, se limitaría la libre competencia al evento en el que un empresario intentara atraer cierto tipo de personal mediante el ofrecimiento de un “plan pensional especial y/o preferencial”, claro está, bajo el entendido de que ese mismo patrono está obligado a cotizar por mandato legal a un fondo pensional durante toda la vida laboral del trabajador.

Así pues, a la par del Sistema General de Pensiones, que funcionaría como el mínimo previsional por mandato constitucional, podrían existir otros planes complementarios de jubilación o retiro de pensión, como los regímenes especiales o exceptuados. En tales planes tendría plena cabida la negociación colectiva que, en ejercicio de la libertad sindical, se llegara a efectuar y, como sucede en Estados Unidos<sup>276</sup>, se constituirían en ley para las partes y, por ende, no podrían

.....  
275 En la segunda ponencia, segunda vuelta, plenaria Senado, el senador ponente Andrés González Díaz planteó que “parecía bastante exótico que se dijera que las convenciones colectivas en materia de pensiones debían coincidir con la ley. ¿Entonces para que la Convención Colectiva? Entonces el tema debe entenderse bajo dos apreciaciones: la primera, que cuando se trate de Convención Colectiva que comportan recursos públicos recursos públicos, pues la ley sí puede fijar unas pautas razonables. La segunda, que cuando se trata de patrimonios privados, ¿por qué el patrono y el trabajador no pueden acordar una negociación colectiva? En ese caso se plantea es que se pueda suscribir la negociación colectiva más allá de una frontera legal”. Por la razón anotada, en el pliego de modificaciones al Proyecto de Acto Legislativo el senador ponente propuso agregar al parágrafo 2 del mismo una frase final que indicara: “cuando ellas afecten recursos de naturaleza pública”. Sin embargo, por razones no claras, dicha frase desapareció del texto definitivo en las actas de conciliación (González, 2005, p. 8).

276 En el sistema pensional estadounidense el plan de pensiones se constituye con los pagos que se reciban por el Old Age, Survivors and Disability Insurance System (Oasdi) del Gobierno federal, conocido como “seguridad

ser confundidos con otras formas prestacionales complementarias como los fondos voluntarios de pensiones.

Con base en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (arts. 168-169)<sup>277</sup>, estos fondos son entidades de carácter privado diferentes de las AFP que canalizan recursos de personas interesadas en obtener beneficios de retiro superiores a los del Sistema General de Pensiones, mediante contrato. Se aportan recursos, al modo de encargo fiduciario, a un fondo voluntario de pensiones que, según su portafolio, puede ofrecer prestaciones de jubilación, invalidez, viudez u orfandad, de acuerdo con el plan contratado (de prestación definida, de contribución definida, mixto, abierto o institucional). En todo caso,

social" (social security); los pagos específicos de un sistema de retiro, patrocinado o acordado por los patronos y empleados de las empresas del sector público o privado; por los ahorros individuales que los trabajadores efectúen a fondos voluntarios de retiro. El Oasdi funciona como un sistema de reparto, mientras los planes empresariales de retiro, definidos voluntariamente o como resultado de una negociación colectiva, se circunscriben a los condicionantes acordados.

277 Art. 168. Reglas relativas a las sociedades que administran fondos de pensiones. 1. Sociedades con capacidad de administrar fondos de pensiones. Los fondos de pensiones de jubilación e invalidez sólo podrán ser administrados por sociedades fiduciarias y compañías de seguros, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar. 2. Condiciones para la administración de varios fondos. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a una sociedad para administrar varios fondos de pensiones de jubilación cuando la naturaleza de los planes de pensiones lo exija y siempre que no se pongan en peligro los intereses de los partícipes de los diversos planes y fondos. 3. Definición. Constituye un fondo de pensiones el conjunto de bienes resultantes de los aportes de los partícipes y patrocinadores del mismo y sus rendimientos, para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez. 4. Vigilancia. Corresponde a la Superintendencia Bancaria ejercer la inspección y vigilancia sobre las sociedades que administran fondos de pensiones de jubilación e invalidez para que dicha administración se ajuste a lo dispuesto por la Constitución, la ley, los reglamentos del fondo y los planes de pensiones. 5. Autonomía del fondo de pensiones. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y, en consecuencia, sólo responderán por las prestaciones derivadas de los planes correspondientes sin quedar vinculados por las obligaciones de la sociedad administradora y sin que los bienes que los componen formen parte de la masa de la quiebra de dicha sociedad en los términos del numeral 8 del artículo 1962 del Código de Comercio, salvo lo dispuesto en el plan de pensiones la entidad o entidades patrocinadoras no responderán por las prestaciones a cargo del fondo. Los bienes que forman el fondo de pensiones no podrán ser embargados por los acreedores de la entidad patrocinadora, de los partícipes o de los beneficiarios. Los acreedores de los beneficiarios sólo podrán embargar las prestaciones provenientes de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez en las condiciones fijadas por el numeral 4 del artículo 169 del presente Estatuto. 6. Información financiera del fondo de pensiones. Trimestralmente las sociedades administradoras deberán elaborar los estados financieros del fondo respectivo, certificados por el revisor fiscal designado a tal efecto por la comisión de control del fondo. Anualmente se elaborará además, una memoria de la administración y un informe de evaluación actuarial sobre el desarrollo del plan o planes de pensiones de jubilación e invalidez y la suficiencia de los sistemas actuariales y financieros. Estos documentos serán sometidos a la aprobación de la comisión de control del fondo y a la autorización de la Superintendencia Bancaria. Una vez aprobados y autorizados se enviará copia de los mismos a la dirección registrada de cada partícipe dentro del plazo que señale la Superintendencia Bancaria. La Superintendencia Bancaria podrá exigir que los documentos a que se refiere este numeral se elaboren con una periodicidad mayor y que se publiquen en un diario de amplia circulación nacional".

•Pensiones y negociación colectiva.

es independiente del régimen de seguridad social y de las prestaciones percibidas por aquel o por cualquier otro régimen pensional<sup>278</sup>.

La negociación colectiva empresarial sobre planes de retiro nunca sustituiría el piso de pensión mínima al que se refiere el inciso 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, pero tampoco podría considerarse un programa social complementario como al que apuntan los BEP o el ahorro programado de largo plazo<sup>279</sup>. No

.....  
278 Estos fondos son distintos a los aportes voluntarios previstos por la Ley 100 de 1993 para el RAIS, pues tienen como finalidad incrementar el monto de las prestaciones obligatorias y no garantizar una prestación paralela o complementaria por medio de un acuerdo condicionado entre fondo y el afiliado.

279 El Decreto 1880 de 2009 se refiere a esta modalidad de ahorro, en sustitución del esquema pensional para personas naturales (contratistas o independientes) empleadas por períodos inferiores a un mes. Expresa: "Art. 1°. Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todas aquellas personas a las que se refiere el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007, cuya labor se pacte y se preste por períodos inferiores a un mes y para los señalados en el artículo 2° de la Ley 1250 de 2008. En el evento en que corresponda el pago de aportes al Sena, ICBF y a Cajas de Compensación, estos se continuarán calculando sobre el valor total de la nómina. Art. 2°. Cuentas de ahorro programado de largo plazo. Las cuentas de ahorro a las que se hace referencia en este decreto serán manejadas por las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías, a través de un Fondo de Ahorro Programado Obligatorio. A dicho Fondo se le aplicará el régimen de inversiones y comisiones que establezcan el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia Financiera para los Fondos de Cesantías, en el ámbito de sus respectivas competencias. Los recursos consignados en las cuentas de ahorro programado a las que se refiere el presente decreto no podrán ser retirados para ningún propósito diferente de la obtención de un Beneficio Económico Periódico al finalizar la etapa de acumulación, o en los eventos de graves imprevistos del ahorrador o de su grupo familiar, de acuerdo con la ley que desarrolle dichos beneficios, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005. Las sociedades administradoras estarán obligadas a tener a disposición de los ahorradores la información completa de los saldos que hayan acumulado, en la forma y con la periodicidad con que lo establezca la Superintendencia Financiera. Art. 3°. Afiliación única electrónica. La afiliación al mecanismo de ahorro programado de largo plazo de que trata el presente decreto, se realizará de manera electrónica, como lo prevé el Decreto 2060 de 2008. Art. 4°. Procedimiento. La Afiliación Única Electrónica incluirá cuando menos y bajo los estándares ya definidos para estos efectos por el Ministerio de la Protección Social, los siguientes aspectos: 4.1 Registro de empleadores/ aportantes/cotizantes. Quien va a efectuar los depósitos a las cuentas de que trata este Decreto debe registrarse ante el operador de información con el cual decida manejar la Afiliación única y los consiguientes pagos, mediante el diligenciamiento del formulario electrónico o asistido correspondiente. 4.2 Remisión de información. El operador de información una vez concluido el proceso de Afiliación Única Electrónica enviará los archivos de salida a quien corresponda. 4.3 Operadores autorizados. Los Operadores de Información que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto cuenten con la Certificación ISO 27001 y se encuentren operando la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes en su modalidad asistida presencial, de manera independiente o asociados entre sí, podrán administrar la Afiliación Única Electrónica, la cual deberá entrar en fase de producción dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto. Para la misma fecha las administradoras del sistema de la protección social, en lo que corresponde a los regímenes contributivos, deberán contar con la estructura tecnológica necesaria para recibir los registros correspondientes a la Afiliación Única Electrónica. El Ministerio de la Protección Social ajustará las especificaciones técnicas, la estructura y los estándares aquí establecidos, cuando quiera que se ajusten las variables del RUAF o de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes o la legislación así lo exija. Art. 5°. Monto y periodicidad del ahorro. Los aportes correspondientes a los trabajadores a los que se refiere el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007, serán realizados mensualmente por el empleador en un monto equivalente al 12 % del ingreso del trabajador, sin que este último sea inferior a un (1) salario mínimo legal diario. Las personas a las que se refiere el artículo 2° de la Ley 1250 de 2008, realizarán un aporte al ahorro programado de largo plazo correspondiente al monto y con la periodicidad que se hayan comprometido a efectuar al momento de la afiliación. En ninguno de los eventos anteriores, el valor mensual del ahorro realizado por los trabajadores podrá ser superior al equivalente a la cotización mínima prevista en el Sistema General de Pensiones [...]. Art. 7°. Teniendo en cuenta

obstante, podría darse el caso en el que la prohibición a la que se refiere el techo pensional descrito en el párrafo 1 fuera superada en el sector privado, porque la suma entre los beneficios económicos prestacionales del Sistema General y el de empresa bien podrían llegar a superar los 25 SMLMV. A efecto del Acto Legislativo, esto no tendría ningún inconveniente, dado que allí se precisa “con cargo a recursos de naturaleza pública”.

Otra cosa sería la negociación sobre requisitos “pensionales” más ventajosos a los del Sistema General de Pensiones; en ese evento, por prescripción del inciso 3 del Acto, la alternativa sería “pensionarse” con base en lo pactado en la convención colectiva y, por ende, concluir la vida laboral antes de cumplir con los requisitos de Sistema General (lo que daría pie al reclamo del bono pensional o de la “indemnización sustitutiva”) o, si es posible, adquirir el derecho a pensión según sus condiciones, lo cual no impediría seguir aportando al plan convencional empresarial.

Ante la sugerencia señalada bien podrían presentarse varias objeciones de orden político económico, pues sería viable constitucional y jurídicamente desde el orden nacional e internacional; la más importante sería, sin duda, la improcedibilidad fáctica de asegurarles a los trabajadores un monto salarial suficiente para respaldar un sistema y plan previsional. Esta dificultad, reconocen las AFP:

[...] depende en gran parte de las condiciones estructurales del mercado laboral, razón por la cual, de cierta manera, se requeriría consolidar el apoyo estatal a los grupos más vulnerables, teniendo en cuenta las restricciones fiscales, y sin llegar a generar desincentivos a aquellas personas que sí tienen capacidad de ahorro (Muñoz *et ál.*, 2009, p. 150).

Sobre este punto convergen las posturas económicas no ortodoxas, aun cuando sugieren que para llevar a efecto el apoyo estatal necesario se requiere:

[...] desalarizar el sistema pensional [mediante] la propuesta de una renta ciudadana para aquellos que han sido “víctimas” del mercado laboral y que por lo tanto afrontarán una situación de pobreza en la tercera edad. [Financiado] con recursos públicos se les puede otorgar, a quienes lleguen a la tercera edad y no tengan ningún tipo de pensión, un pago que les garantice una vida digna. Esto implicará una discusión acerca de cómo debe ser asignado el presupuesto y cuáles son las prioridades de gasto; en

---

que lo reglamentado por el presente decreto se refiere a un programa social complementario, las disposiciones aquí consignadas no hacen parte del Sistema General de Pensiones”.



últimas, una discusión de economía política que oriente sobre: a quiénes beneficiar con el gasto y, según la concentración del ingreso, quiénes son los que deben sufragarlo. El tema de la sostenibilidad del sistema pensional ya ha sido sustentado en publicaciones como la *Revista de la Escuela Nacional Sindical* de 1997, así como el sistema de pilares en el cual será obligatoria la afiliación al Régimen de Prima Media. [En donde se plantea que] a partir de tres salarios mínimos de ingreso, los trabajadores pueden continuar en el sistema público o elegir un fondo privado de pensiones para incrementar su mesada pensional. El Congreso podría destinar la totalidad de las regalías petroleras y mineras a cubrir los pasivos pensionales. En la medida en que se mantuviera la naturaleza regional de una parte de las regalías, estas deberían pensionar los pasivos pensionales de los municipios y de los departamentos. De esta manera se lograrían dos propósitos. En primer lugar, se evitaría el despilfarro que ha caracterizado el uso de regalías. En segundo lugar, el gasto de las regalías tendría un efecto macroeconómico sano (Rodríguez Salazar, 2011).

Aparte de fortalecer las organizaciones sindicales, la búsqueda de alternativas de creación y no de confrontación para la negociación colectiva en materia “pensional” implica fortalecer el RPM: i) al crear estímulos para la afiliación temprana al sistema contributivo similares a los del RAIS; ii) al promover sistemas complementarios de ahorro para quienes puedan y deseen mejorar el tamaño de sus mesadas pensionales; iii) al homogenizar el tamaño de las cotizaciones al régimen pensional y los límites de edad para ambos sexos, para acceder a la jubilación; iv) al extender al sistema contributivo las restricciones sobre utilización de los fondos para financiar déficit público y diversificar el portafolio de inversiones hacia el mercado accionario y de capitales; v) al optimizar los procesos de control y fiscalización de la contribución al sistema de pensiones; vi) al ajustar la tasa de remplazo a los patrones de aportes de los afiliados en el RPM; vii) al relajar las condiciones para acceder al Fondo de solidaridad pensional en términos de semanas cotizadas previas a la solicitud de complemento de aportes, y viii) al fortalecer la regulación para promover la eficiente administración de fondos de inversión en el RAIS.

Por extraño que resulte, las propuestas planteadas son una mezcla de dos perspectivas fundadas en dos definiciones opuestas de pensión, que se encuentran en la necesidad —implícita, en ambos casos— de repotencializar la formalización laboral (Muñoz *et ál.*, 2009; Bonilla, 2001). Por ende, se asegura la promoción de las normas mínimas de Derecho Internacional imperativas (desarrolladas

en los Convenios 87, 98, 151, 154, 105, 182 y 111 de la OIT) que, como muestran las grandes economías capitalistas del mundo, no son incompatibles con ciertas formas del mercado, en particular, con aquellas que no divinizan la iniciativa privada ni la omnisciencia estatal. Al fin y al cabo, el instituto pensional es un objeto de negociación entre distintos grupos de interés que, dadas las distintas relaciones de fuerza entre sectores de la sociedad, tiene como resultado un determinado sistema de seguridad social en pensiones.