

Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo

Óscar Miguel Valero Rodríguez

LABORAL **3**

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia, Postgrado en Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca – España, Especialista en Gestión de las Entidades Territoriales de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Derecho Probatorio, Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Católica de Colombia, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En la actualidad realiza estudios de Postdoctorado en Derecho en la Universidad de Guadalajara – México. Se ha desempeñado como Jefe de área de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Católica de Colombia Sede Bogotá.

IUS – Laboral es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho laboral actual, propiciando y abriendo espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a la comunidad en lo pertinente a esta rama del Derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia que tiene el Derecho Laboral para la defensa de los derechos de los trabajadores y su injerencia en el desarrollo social del país, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección.

OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- El derecho internacional laboral
- El acoso laboral. Análisis conceptual y comparado

Óscar Miguel Valero Rodríguez

Régimen de pensiones
en las convenciones colectivas
de trabajo

B

LABORAL 3



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Valero Rodríguez, Óscar Miguel
Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo / Óscar Miguel Valero Rodríguez.—Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016
346 páginas ; 17x 24 cm.—(Colección JUS laboral; no. 3)

ISBN 978-958-8934-27-3 (impreso)
ISBN 978-958-8934-26-6 (digital)

I. Título II. Serie 1. Pensiones-Legislación-Colombia. 2. Convenciones colectivas de trabajo

Dewey 368.3861 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 19 de mayo de 2016

2do concepto

Evaluación: 7 de junio de 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Óscar Miguel Valero Rodríguez

Primera edición, Bogotá, D. C.

Noviembre de 2016

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

DEDICATORIA

A María Cristina Rodríguez de Valero, mi madre QEPD.

A Stephania y Camilo Andrés... mis hijos...
la razón de ser de mi existencia.

Al trabajador colombiano, fuente primaria de mi formación.

AGRADECIMIENTOS

Magister Ariel Corredor colaborador incansable
desde el inicio hasta el final.

Al Doctor Gilberto Ramírez Huertas, quien no permitió desfallecer,
por su permanente acompañamiento.

CONTENIDO

Reseña	9
Introducción	13
Precisiones conceptuales	15
Equivocidad conceptual de la seguridad social	15
Definiciones sugerentes de seguridad social	19
Equivocidad conceptual en materia pensional.....	31
Alternativas conceptuales definitorias de pensión.....	37
Pensión-derecho fundamental	37
Pensión-medida asistencial.....	41
Pensión-servicio	44
Bloque de constitucionalidad y antinomia constitucional	49
El sentido de la antinomia constitucional	52
Bloque de constitucionalidad en sentido lato y estricto	53
Negociación colectiva y bloque de constitucionalidad.	
Finalidad y objeto de la investigación.....	56
Alternativa a la antinomia constitucional. Hipótesis central de la investigación.....	67
Estructura de la investigación.....	71
Capítulo 1. Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional	73
Forjar un interés.....	73
Origen del instituto pensional.....	75
Modelos históricos de seguridad social en pensiones	76
Coincidencias y puntos de fuga de los modelos históricos	87

Clasificaciones del instituto pensional.....	92
Criterios preliminares	92
Clasificación según su objeto	95
Clasificación según su fuente	110
Perspectivas al interés	115
Capítulo 2. Pensiones y sindicalismo en Colombia.....	117
Negociaciones y derechos	117
Pensión y organización sindical en Colombia anterior a la Ley 100 de 1993 ..	119
Antesala al fin del período de dispersión.....	123
Pensión y organización sindical: la constitución del sistema.....	129
Pensión y organización sindical: ¿Crisis del sistema?.....	141
Pensión y organización sindical en Colombia en el marco	
del ajuste económico	151
Preliminares del ajuste económico	155
La sanción política del ajuste económico.....	164
Derecho Laboral y seguridad social en el marco	
del ajuste constitucionalizado.....	168
El advenimiento de la Ley 100 de 1993	175
Pensiones y ajuste constitucionalizado en la Ley 100 de 1993	189
Flujos y reflujos.....	203
Capítulo 3. Pensiones y negociación colectiva	207
El largo viaje de lo evidente	207
El advenimiento del Acto Legislativo 01 de 2005.....	213
Legislar en beneficio del monopolio de las AFP	221
La confección del Acto Legislativo 01 de 2005	232
La construcción de una antinomia.....	263
Negociación colectiva en el marco de su justiciabilidad.....	267
Limitación de la negociación colectiva desde el orden internacional	273
Limitación de la negociación colectiva desde el orden interno.....	288
Negociación colectiva y bloque de constitucionalidad.....	296
Alternativas a la negociación colectiva en pensiones	314
A modo de epílogo de la investigación.....	321
Bibliografía	325

Existe una correlación entre la flexibilización laboral y la regresión en los derechos a la seguridad social de los trabajadores sindicalizados, en particular, en materia de pensiones; no obstante, sus causas no son fáciles de dilucidar cuando las premisas de base no son eminentemente jurídicas —aun cuando suponen medidas de Derecho (legalidad)—, tampoco económicas —pese a que toda relación de mercado-trabajo presume un orden social de intercambio (eficacia-eficiencia)— y no solo políticas, aunque la legitimidad de estas yace en las dos dimensiones antes señaladas (la de la legalidad y la de la eficacia-eficacia).

Desde el entendido de esa triple matriz, en el caso del sistema pensional colombiano, el estudio investigativo presentado aborda la cuestión de si los trabajadores colombianos sindicalizados han perdido su poder de negociación frente a la posibilidad de pensionarse con sustento en la cláusula convencional, merced a las medidas nugatorias contenidas en la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 y pese a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia.

En desarrollo del objetivo general que supone el interrogante, se plantearon como objetivos específicos: i) determinar la legalidad y efectividad del régimen pensional de las convenciones colectivas de trabajo en Colombia tras el advenimiento de la Ley 100 de 1993; ii) justificar la validez jurídica del acuerdo convencional en pensiones aun en el esquema de seguridad social actual; iii) exponer cómo la progresividad de los derechos económicos y sociales, reconocidos por Colombia, resultan afectados por las medidas —jurídica y

económicamente— regresivas en materia pensional, y iv) revelar el potencial contrarregresivo de la implementación de la cláusula convencional en una política pública adecuada en materia de pensiones.

La pertinencia y novedad de este trabajo está en que involucra sincrónica y diacrónicamente la corriente constitutiva del instituto pensional en Colombia desde las tres perspectivas anotadas. La remisión a ciertos autores (Marcel Silva Romero o Gerardo Arenas, por ejemplo) no persigue validar o refutar sus posiciones respecto al tema tratado, sino ampliar el espectro monodisciplinar con el que se ha abordado: desde los abogados laboristas o segurólogos y los economistas. Dicha ampliación se ha sustentado en una perspectiva metodológica epidisciplinar: “De otros conocimientos *útiles*, no circunscritos en *disciplina* establecida alguna”¹. Esto es, se apostó por incorporar estudios sociales, económicos, políticos e históricos que contextualicen la realidad donde se transforma jurídicamente el instituto pensional y los movimientos sociales.

En ese orden de ideas, pese a que el discurso acerca del Derecho es multidisciplinario, la exposición quiso poner sobre la mesa algunos elementos jurídicos necesarios para repensar las relaciones entre el instituto sindical y el Estado, en términos de la elaboración de una genuina política pública sobre pensiones acorde con las recomendaciones de la OIT.

El capítulo primero se ocupó de una revisión conceptual que esclarece la difundida oscuridad respecto a las definiciones del instituto pensional: entre derecho fundamental y derecho de prestación y servicio. Al tiempo, se refirió al concepto de bloque de constitucionalidad y de la antinomia provocada en la Carta Política por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En el segundo capítulo se mostró que las distintas categorías y los modelos para clasificar el instituto pensional devienen de un progresivo fortalecimiento —o debilitamiento— de los movimientos sociales, así como que el propio instituto se convirtió en una medida de contención jurídico-política del conflicto. Las clasificaciones entre su objeto (vejez, invalidez, sobrevivientes, pensión-sanción, especiales) y fuente (reparto, ahorro individual) han estado impregnadas por la incidencia de factores socioeconómicos y políticos endógenos y exógenos determinantes.

.....
1 Epidisciplinar, quiere decir “sobre” o “por encima, que va más allá”, pero también “que surge de lo disciplinar para conducirlo a otras dinámicas y estructuras epistemológicas más enriquecidas” (Herrán, 1999, p. 157, nota).

El tercer capítulo vuelve sobre la relación pensión y organización sindical antes de la Ley 100 de 1993, para destacar los elementos que propiciaron el advenimiento del modelo económico de ajuste estructural (neoliberal); se retoma la problemática que propicia la dubitatibilidad del texto constitucional en cuanto al trabajo y a la seguridad social y las consecuencias de ello, materializadas en la Ley 100 de 1993.

En el cuarto y último capítulo se discute el decurso de los derechos humanos del trabajo, en particular la negociación colectiva en materia pensional con el advenimiento del Acto Legislativo 01 de 2005 y el orden de su justiciabilidad, sino en el marco interno, sí externo, habida cuenta de la relación entre el bloque de constitucionalidad y el derecho a la negociación colectiva. Cada capítulo presenta unas conclusiones parciales y, al final del texto, se relacionan las que se consideraran conclusiones generales de la investigación. El lector encontrará allí, además, temas que pueden ser profundizados en otras investigaciones tan necesarias en el contexto de los iuslaboralistas y de segurólogos colombianos, máxime cuando la Sentencia SU-555 de 2014 de la Corte Constitucional sanciona, no sin dificultades, las medidas nugatorias contenidas en la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

INTRODUCCIÓN²

Si se tiene en cuenta que en Colombia solo cotiza un 32 % de los trabajadores que podrían hacerlo y que, al cumplir los requisitos establecidos (semanas cotizadas- edad de ley), de ese 32 % un 70 % solo podrá recibir una mesada de entre uno y dos SMLV, salta a la vista que el futuro del país es el de una población cada vez mayor —por el aumento de la esperanza de vida—, pero con una menor calidad de vida (Centro de Investigaciones para el Desarrollo [CID], 2012).

Como si no fuera suficiente, a semejante situación tan desesperanzadora se ha sumado el insignificante papel que desempeñan hoy los colectivos sindicales en la defensa y promoción de los intereses de grupo, no por inoperancia de su parte, sino más bien por el déficit de miembros en sus filas, debido a la política de “flexibilización laboral”, el incremento de las OPS y la campaña de descrédito que ha recibido el movimiento sindical por parte del Ejecutivo desde hace algo más de dos décadas³.

La causas de esta correlación de fenómenos —el de la flexibilización laboral y de la progresiva pérdida del derecho a la seguridad social en pensiones— no

2 Este libro es resultado de la investigación del grupo en Derecho Público y TIC, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia en la línea de Derecho laboral para la primera fase del proyecto “Grandes transformaciones del derecho público”.

3 Un estudio reciente ratifica que Colombia ostenta el mayor índice de sindicalistas asesinados en el planeta y la tasa más baja de afiliación sindical. La cifra de trabajadores que hoy forman parte de sindicatos corresponde al número de asociados que había en 1944 como si el país se hubiera estancado hace setenta años. La tasa de sindicalización pasó de 9,3 % del total de la población trabajadora en 1984, al triste 4,2 % en 2009. Es la más baja en Suramérica y una de las peores del mundo entero. Puede verse Archila Neira y Delgado (1994); Archila y otros autores (2012).

son fáciles de dilucidar, más aún cuando las premisas de base para quien entra en el debate sobre la materia no se han concertado. Esto se debe a que no son eminentemente jurídicas —aunque suponen medidas del Derecho (legalidad)— ni económicas —pese a que toda relación de intercambio presume un orden social de intercambio (eficacia-eficiencia)— y tampoco son solo políticas, no obstante su legitimidad yace en las dos dimensiones antes señaladas (la de la legalidad y la de la eficacia-eficacia).

En este estudio se intentará una aproximación multirreferencial al fenómeno de las pensiones en Colombia, eso sí, sin olvidar que un tratamiento exclusivo desde la perspectiva de la legalidad le hace un flaco favor al poder real de negociación que, como aquí se postula, mantienen los trabajadores sindicalizados. Como ha observado William Twining (2003), “la tendencia de la teoría jurídica analítica [...] a concentrarse en la doctrina jurídica (el discurso del derecho) pudo haber contribuido a oscurecer el hecho de que buena parte del discurso acerca del derecho es multidisciplinario” (p. 136).

Es un discurso que, pese a trabajar sobre todo con el material legal, no puede hacer caso omiso al hecho de que un sistema jurídico es un sistema social que, como señalara Alexy (1994), se define por una pretensión de corrección y se guía por ella. Esto supone no desatender los fines esenciales del Estado social de Derecho en pro de una mera clasificación del material jurídico sobre esta o aquella materia.

Dicha exigencia resulta importante en el caso del régimen pensional colombiano actual, habida cuenta de que, al día de hoy, solo un 18 % de los ciudadanos mayores de edad cuenta con una pensión y de estos, gran parte se encuentra en el sector público. Ello hace más gravosa la situación del fisco nacional, pues ya en el año 2010 las pensiones se llevaron cerca de un 17 % del gasto público, es decir, un 4,5 % del PIB. En las actuales circunstancias, tal situación no avizora mejoría, por cuanto la relación entre empleados y pensionados en el sector público es de 1 a 3, razón que explica de sobra el déficit de pagos en el sector⁴.

La exposición que se hará pone sobre la mesa algunos elementos jurídicos necesarios para repensar las relaciones entre el instituto sindical y el Estado, en términos de la elaboración de una genuina política pública sobre pensiones que,

4 Echeverry, Escobar, Merchán, Piraquive y Santamaría (2001) estiman el valor presente neto del pasivo pensional colombiano a cargo de la Nación en 192,4 % del PIB para el período 2000-2050.

como indicara Hogwood, “para que pueda ser considerada como una política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales y no-gubernamentales” (1984, citado en Roth, 2007, p. 26). Dichas condiciones, como se mostrará más adelante (Capítulo 2), no han sido históricamente satisfechas en Colombia, como se evidencia en las tradicionales relaciones de confrontación obrero-patronales y sindico-estatales.

Una política pública que atienda las relaciones plurales entre el instituto sindical, el Estado y los “patronos” ha de considerar la salvaguarda de la convención colectiva de trabajo, pues esta institución deriva de la existencia de una “especial relación de sujeción laboral” que otorga una serie de derechos a los trabajadores, entre los cuales se encuentran, como género, las prestaciones sociales y, como una de sus especies, la pensión de jubilación.

En efecto, como el objetivo del ahorro pensional no es otro que garantizarle al trabajador una protección pensional justa y efectiva, es de suponer que el sistema general de pensiones ha de asegurar la universalidad, la equidad y la estabilidad entre rentas y mesadas. No obstante, dadas las constantes modificaciones en las reglas de juego en materia pensional, dicho supuesto se ha visto menoscabado, si no contradicho, máxime cuando no se ha llevado a cabo una indispensable precisión de los conceptos de base.

Precisiones conceptuales

Equivocidad conceptual de la seguridad social

Por lo regular, la investigación en el tema de pensiones se circunscribe a un ámbito disciplinar, bien sea el político, el jurídico o el económico. En el enfoque monodisciplinar se tiende a poner el énfasis en una u otra de las facetas del instituto (económica, jurídica, política), sin atender con suficiencia todos los ámbitos inherentes al concepto de pensión.

Se propone abordar aquí el problema de las relaciones entre el instituto pensional y las cláusulas colectivas convencionales, con la intención de no de caer en el sesgo unidimensional de una investigación legal, ya que el ejercicio transdisciplinar tiene en vista superar la parcialidad monodisciplinar. Empero, para el caso

presente, esto no significa sustraerse de la investigación jurídica, sino ubicarla en la precisa intersección entre los saberes a los que remite la seguridad social en pensiones, pues no son pocos los casos que ejemplifican el mutuo reproche de ignorancia o irresponsabilidad entre juristas, políticos y economistas⁵.

Las dificultades en el tratamiento del tema de las pensiones empiezan desde el momento mismo en el que se considera su fundamento y finalidad, pues el instituto pensional apunta por igual a la materialización de un derecho como a la satisfacción de una necesidad, así como deviene, simultáneamente, de un pacto social y de un política prestacional⁶. En otras palabras, la lógica del discurso

.....
 5 A modo de ejemplo, en Colombia —en general, toda América Latina— son usuales los reclamos entre los sectores involucrados en el proceso de “las reformas estructurales” —el nombre técnico del proyecto neoliberal del consenso de Washington— que abordan el problema de las pensiones. Un sector económico acusa a la Corte Constitucional de un “activismo económico” irresponsable. Agrega Sergio Clavijo (2010) que “una de las más graves contingencias fiscales que enfrenta Colombia proviene del llamado activismo económico de las altas Cortes. Dicho activismo nos ha dejado un peligroso legado durante la última década, desconociendo su propia jurisprudencia y propiciando un desborde presupuestal. Cabe recordar los graves daños que han implicado: i) la indexación al IPC del ajuste del salario mínimo (SML), cuando ello sólo lo ordenaba la Constitución en el caso de las pensiones, un ajuste que se extendió también a la nómina de los trabajadores públicos; ii) la interpretación laxa de los períodos de transición pensional, argumentando que la mera expectativa constituía en sí misma un derecho fundamental” (p. 1).

La propia Corte Constitucional (CC) se ha percatado de la caja de Pandora pensional que ha abierto en el país por cuenta del contencioso jurídico que enfrenta el fisco mediante la “tutelitis” en el campo de la seguridad social (pensiones y salud). Por esta razón, con su Sentencia T-1012 de 2006, prohibió el uso de la tutela como mecanismo de reliquidación de las pensiones. Es bien sabido que varios jueces, en contubernio con oficinas de abogados, han montado verdaderas maquinarias de estafa a la Nación. La mala noticia es que los organismos de control, encabezados por el procurador general de la Nación, están reabriendo el boquete de desangre pensional. En su Circular de noviembre 3, la Procuraduría ordena a los funcionarios del Ejecutivo continuar dando dádivas pensionales que creíamos taponadas con las Leyes 797 y 812 de 2003 y el Acto Legislativo 1 de 2005. Amparada en la Ley de Descongestión Judicial (Ley 1395 de 2010), la Procuraduría confunde regímenes especiales con transición pensional y quiere habilitar, un tratamiento especial a la Rama Judicial, cuando ello había quedado limitado a los miembros de la Fuerza Pública, al presidente de la República y al Magisterio. En la Circular se invoca el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 717 de 1978 para entregar a funcionarios judiciales y a los de la Procuraduría tasas de reemplazo de 75 % liquidados sobre el salario más alto del último año, cuando la norma vigente se acerca más al rango de 65 % a 70 % y, además, liquidado sobre el salario de los últimos diez años o el promedio de toda la carrera salarial. Estos cálculos pensionales arrojan diferencias abismales que afectarían con gravedad al fisco nacional. De continuar aplicando los sistemas de liquidación antiguos, se agravará la reversión de los pensionados hacia el régimen de prima media y, con ello, el pasivo pensional (en valor presente neto) podría elevarse nuevamente de un esperado 117 % a un 160 % del PIB.

Del otro lado de la balanza, buena parte del sector jurídico no comprometido con el sector gubernamental ataca la dirección económica y política de los últimos Gobiernos en cuanto a las pensiones; para ellos, las medidas legislativas sobre la materia han resultado de la presión de los grupos económicos interesados en aumentar su participación en el negocio de los fondos privados de pensiones, cuando no para asegurar una buena nota de las calificadoras de riesgos internacionales. Asimismo, algunos economistas heterodoxos acusan la visión económica ortodoxa por fiarse de ciertos principios no demostrados de la escuela económica neoclásica, en particular desarrollados en América Latina por los Chicago boys. Puede verse Rodríguez Salazar (2003).

6 En términos de Rawls (1986), toda “sociedad más o menos bien ordenada” (p. 87) asegura un conjunto de bienes sociales primarios (libertades básicas, libertades políticas, libertad de movimiento y de elección de ocupación sobre

sobre pensiones atiende a la paradoja entre la maximización de la utilidad individual —y como corolario de la utopía del “equilibrio general” de Walras—⁷ y la redistribución de la renta social —y como consecuencia del ideal de la universalización del *welfare State*—⁸. De ahí que los estudios jurídicos sobre el tema prefieran circunscribirse al comentario doctrinal, cuando no a la mera glosa legal⁹.

Sin embargo, no hay que adelantarse en el juicio respecto a las investigaciones en materia pensional pues, hasta cierto punto, es explicable la tendencia “normativista”, ya que el concepto de pensión, en tanto especie del género del concepto

un trasfondo de oportunidades diversas, poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad, en particular de las principales instituciones políticas y económicas, renta y riqueza y bases sociales de respeto a sí mismo), que posibilitan un pacto social sobre los dos célebres principios de justicia que estipulan: i) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás, y ii) las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez se espere razonablemente que sean ventajosas para todos (que sirvan al mayor beneficio de los menos aventajados), b) que se vinculen a empleos y cargos accesibles para todos.

Una política prestacional no sugiere el reparto discrecional de beneficios, es decir, la entrega diferenciada de ayudas económicas por parte del Estado a ciertos grupos elegidos, sino más bien la acción estatal de disponer lo conveniente para atender las contingencias o necesidades mínimas previsibles de la sociedad, sobre la base de la atención prioritaria a los más necesitados. Puede verse Cortés Hernández (2006).

7 Se entiende por equilibrio general competitivo de Walras, debido a León Walras, el presupuesto por el cual, dadas ciertas presunciones, el sistema de mercado libre conduce a una distribución de un conjunto determinado de recursos que, en sentido restringido, es óptimo desde el punto de vista de cada individuo y empresa en el sistema económico (Ormerod, 1994).

8 El *welfare State*, en términos de José Martínez Álvarez (2000), “responde a una conjunción de factores: que evoluciona la idea desde finales del siglo pasado y que se sirve de las teorías keynesianas (1936) de demanda agregada para superar los fallos del mercado, pero que el intervencionismo keynesiano no fue detonante sino un medio para plasmar el avance del desarrollo humano en su vertiente del bienestar social; todo esto entendido, pues, como la consecuencia de un plan de progreso de la civilización. El Estado de bienestar está compuesto de un primer conjunto de gastos en bienes preferentes: educación, sanidad o vivienda y de un segundo grupo de gastos en programas de mantenimiento de rentas: pensiones, seguros de enfermedad, seguro de desempleo y subsidios familiares [...]. Estamos hablando entonces de la cobertura de una serie de riesgos individuales por el conjunto de la sociedad. Estos riesgos son la indigencia, el desempleo, la vejez, la invalidez o la carencia de una educación mínima. Cuando un Estado intenta garantizar estos riesgos estamos ante un Estado de bienestar. Se está estableciendo una protección social a los más necesitados de la sociedad, se garantiza una prestación mínima para permitirles hacer frente a situaciones de desempleo involuntario, enfermedad o vejez” (pp. 14-15).

9 En Colombia, la bibliografía especializada sobre pensiones o sobre la seguridad social se divide en dos grupos bien diferenciados. Por una parte, están los estudios de carácter formativo profesional, que se caracterizan por la perspectiva descriptiva y expositiva del marco legal existente y, en ocasiones, por su remisión a los convenios de Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por otra, están los estudios críticos que remiten por lo regular a las consecuencias políticas, sociojurídicas o socioeconómicas de las medidas legales sobre la materia. En el primer caso, la remisión a fuentes “extralegales” es escasa y, por lo mismo, el tratamiento del tema es monodisciplinar. En el segundo caso, los estudios tienen un buen tratamiento interdisciplinar, aunque en muchas ocasiones pueden sufrir de un sesgo político. Algunos ejemplos del primer grupo pueden ser: Arenas Monsalve (2006); Afanador Núñez (1999); Vanegas Castellanos (1997). Algunos ejemplos del segundo grupo pueden verse en Acosta y Ayala (2001); Ariza y Baquero (2002); Bonilla (2001).

de seguridad social, hereda varios inconvenientes de la dubitatibilidad en cuanto a la definición de seguridad social. También recibe algunos de los inconvenientes propios del debate sobre el establecimiento de un estatuto epistemológico autónomo para el caso del derecho a la seguridad social que, como bien se sabe, consiste en reconocer el carácter autónomo o no del Derecho de la seguridad social frente al Derecho Laboral. No obstante por su origen, la seguridad social está ligada al Derecho Laboral, como bien señala Julio Armando Grisolia (2005):

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 propios, 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 bio-económica 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 (pp. 753-754).

Con todo, no es del resorte de esta investigación adentrarse en la polémica del carácter autónomo o no del Derecho de la seguridad social frente al Derecho Laboral —aun cuando el ejercicio transdisciplinar mostrará que hay más argumentos a favor de un tratamiento particular del derecho a las pensiones en el

contexto de un Derecho de la seguridad social autónomo y no subordinado al Derecho Laboral—, pues por ahora interesa desarrollar los conceptos adecuados al discurso.

Definiciones sugerentes de seguridad social

Por su origen y fundamento, el instituto pensional es inseparable del concepto de seguridad social, aunque dicha noción está lejos de ser inequívoco. Como dijera el tantas veces citado Carlos Martí Buffill (1974), el concepto de seguridad social involucra tantas definiciones como criterios sobre los cuales se quiera poner el énfasis; por ello:

[...] en cuanto al hombre es un derecho; en cuanto al Estado, una política; en cuanto a la ciencia jurídica, una disciplina; en cuanto a la filosofía, es una expresión de la justicia; en cuanto a la sociedad, un factor de solidaridad; en cuanto a la administración, un servicio público; en cuanto al desarrollo, un factor integrante de la política general; en cuanto a la economía, un factor de la redistribución de la riqueza, y así podríamos seguir con numerosos ángulos desde los que se podría enfocar la seguridad social (citado en Cortés González, 2009, p. 46).

Pese a que resulta evidente la existencia de las múltiples facetas implicadas en el concepto de seguridad, el reconocimiento acrítico de la certidumbre de dicha tesis puede llevar a la renuncia anticipada de un tratamiento transdisciplinar del problema de la seguridad, cuando no al refugio en una sola de sus facetas. Por ejemplo, Giovanni Tamburi (director del Departamento de Seguridad Social de la OIT) afirma que “el concepto de seguridad social es ambiguo por excelencia y por lo tanto cada país debe darse su propio concepto de seguridad social, de acuerdo con la política social del respectivo Estado y con los recursos disponibles para otorgar servicios” (1989, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 79). Esta posición, en últimas, sugiere rendirse al relativismo legal y acogerse al concepto de seguridad social construido por el Derecho vigente en cada caso.

En ese horizonte, que no es el menos usual en la doctrina, salta a la vista que se busca evitar una definición concluyente del concepto de seguridad social mediante la remisión a descripciones funcionales, consecuencialistas, teleológicas o genéticas, es decir, se alude a los objetivos o resultados que persigue la intervención de la seguridad social para especificar su naturaleza; se deja en manos

del “Derecho” la determinación ontológica de las “necesidades sociales” que, al mismo tiempo, fundamentan dicho Derecho. Se lleva a cabo, en el mejor de los casos, una autofundamentación con referencia al Estado.

Un clásico tratado sobre la materia indica:

La Seguridad Social es el conjunto de normas, técnicas y procedimientos que tienen por objeto la definición de las necesidades sociales sobre las que va a intervenir el Estado y el establecimiento de los mecanismos de cobertura de las mismas, previa concreción del grado que esa intervención debe alcanzar (Valverde y García, 2008, p. 69).

Asimismo, el conocido doctrinante Almansa Pastor reitera que la seguridad social es “un instrumento estatal, específico protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección preventiva, emprendedora y reparadora tienen derechos los individuos en la extensión y límites que las normas dispongan, según permita su organización financiera” (Almansa Pastor, 1977, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 78)¹⁰. Esto implica que, para el mismo contexto doctrinal en donde se mueve Almansa Pastor, “la seguridad es un sistema de prestaciones económicas que, junto con la sanitaria y de servicios sociales, forman los pilares del Estado de Bienestar” (González, Barcelón y Quintero, 2007, p. 27)¹¹.

10 En el mismo sentido, casi con idénticas palabras, afirma Gustavo Arce Cano (1972): [...] la seguridad social es el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social” (p. 15).

11 “La Seguridad Social constituye un sistema organizado de prestaciones de naturaleza pública, destinado a la protección de determinados riesgos sociales de afectación individual y las situaciones de necesidad o contingencias resultantes de la actualización de los mismos. Los riesgos sociales suponen acontecimientos futuros e inciertos cuya actualización genera un perjuicio para la persona que lo sufre y, en su caso, para su familia, causando, desde el punto de vista económico, un defecto de ingresos y/o un exceso de gastos. La conformación de la Seguridad Social como sistema jurídico-institucional supone la consideración y tratamiento conjunto y pretendidamente global de los riesgos y situaciones de necesidad protegidas, y su carácter público implica la intervención y responsabilidad de los poderes públicos en su gestión y financiación. De este modo, la Seguridad Social constituye la superación de los seguros sociales, destinados a la cobertura diferenciada de los distintos riesgos sociales, con una relación directa y capitalizada individualmente entre contribución y protección. Frente a otras fórmulas de responsabilidad o aseguramiento de los riesgos o los daños, la Seguridad Social supone la socialización, publificación y objetivación de los mismos y de su protección. La socialización de los riesgos y los daños significa que se asumen por toda la sociedad, a través de la financiación de su coste económico, mediante cotizaciones especiales (cuotas a la Seguridad Social) o contribuciones generales (impuestos) de carácter público. La publificación del aseguramiento implica que los poderes públicos asumen la responsabilidad en la protección de los riesgos y contingencias o situaciones de necesidad, y en la gestión, reconocimiento y control de las contingencias protegidas y de las prestaciones destinadas a su cobertura, sin perjuicio de la posible colaboración de sujetos privados, prevista, aun limitadamente, en algunos supuestos (p.ej. las Mutuas). La objetivación del aseguramiento supone, por una parte, que la protección se dispensa por la simple concurrencia del daño, y, por otra, que las situaciones protegidas

•Introducción•

En otro contexto, Carmelo Mesa-Lago (2004) sugiere que la seguridad social es, en buena medida, un sinónimo de bienestar, en el sentido de un sistema organizado de previsión direccionado políticamente. De ahí que el propósito de las políticas de bienestar sea otorgar protección a las personas y garantizarles un mínimo de bienestar, sin distinción de su condición económica, social o laboral, de forma que no solo dependan de su situación ventajosa o desventajosa de inserción en el mercado laboral o de la adquisición de habilidades y conocimientos. Sigue —o ha de seguir— los principios básicos de universalidad en la cobertura; igualdad, equidad o uniformidad en el trato; solidaridad y redistribución del ingreso; comprensividad y suficiencia de las prestaciones; unidad, responsabilidad del Estado, eficiencia y participación en la gestión y sostenibilidad financiera¹².

En ese sentido, la seguridad social aparece como una acción pública dirigida por el Estado a favor de los ciudadanos que Pablo Franky (2001) resume así:

[...] tiene por objeto proporcionar una renta sustitutiva a las personas cuyas rentas privadas normales han desaparecido temporal o permanentemente, para aliviar a individuos y familias de la carga representada por gastos excesivos, muy generalmente experimentados, sobre sus rentas [...]. Walter Leen, sostiene que “la seguridad social busca la seguridad de la existencia y la garantía contra la miseria, estableciendo las medidas que pongan a disposición de los individuos los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades en una medida tal que ellos puedan llevar una exis-

y las prestaciones destinadas a su cobertura están predeterminadas o tasadas legalmente, sin que la protección se condicione a la imputación subjetiva o culpabilista del riesgo o del daño, ni alcance a la cobertura de daños o perjuicios diferentes de los establecidos, tanto en concepto, como en cuantía prestacional o resarcitoria” (Ediciones Francis Lefebvre, 2010, p. 14).

12 En el mismo lugar agrega el autor: “[...] la seguridad comprende: la Previsión Social (integrada principalmente por los Seguros Sociales), los Seguros Sociales (que pueden incluir la política familiar o de asignaciones familiares y la protección contra los infortunios laborales), la Asistencia Social (o ayuda a los menesterosos), el Pleno (empleo) o (política de ocupación para todos), la Política de Salarios (fijación de salarios mínimos, reglamentación del embargo y compensación, modalidades de pago salarial y, por extensión, la fijación de jornadas, descansos, etc.), la Sanidad Pública (coordinando la sanidad local, nacional y paraestatal), la Política de Educación (formación profesional, difusión de la cultura, educación nacional), la Política de Vivienda (casas baratas, protegidas y subvencionadas, barrios obreros)” (p. 9).

En síntesis, concluye el tratadista “El contenido de la seguridad social, por tanto, está formado por el conjunto de técnicas que buscan la realización de su objetivo. Y como esos métodos o medios cambian según los distintos países y épocas, tenemos que también es variable el campo de la seguridad social” (citado en Franky, 2001, p. 8). Al dar una versión gráfica sobre la integración, Mesa Lago manifiesta: “La seguridad social forma una pirámide, que tiene por base la ocupación (entrada al sistema) que debe ser plena y uno de los objetivos de la seguridad social. A cada uno de los costados tenemos, respectivamente, la protección laboral (seguridad social preventiva) y los seguros sociales y la asistencia social (seguridad social reparadora). Finalmente en el ápice, la culminación del sistema: el bienestar social (seguridad social complementaria) (Cortés González, 2009, p. 46).

tencia humanamente digna, al abrigo de la necesidad”; y Augusto Venturi la entiende como “la seguridad que la sociedad tiende a garantizar al individuo consistente, de una parte, en medidas dirigidas a conservar una estabilidad de renta y, de otra, en medidas que aseguren la satisfacción de las necesidades que surgen como consecuencia de verificarse determinados eventos, también si el nivel de su salario no le permite o lo consiente con gran sacrificio”. Noción que N. Netter complementa al sostener que el objetivo de la legislación de la seguridad social es “crear en beneficio de los trabajadores un conjunto de garantías que los ampare frente a un cierto número de eventualidades susceptibles de reducirles o suprimirles su actividad, por la imposición de cargas suplementarias” (pp. 7-8).

La protección que la seguridad social busca brindar a los individuos ante circunstancias previstas, imprevistas, permanentes o temporales que mermen la capacidad económica del individuo (vejez, invalidez y muerte; enfermedad y maternidad; accidentes de trabajo; desempleo; asignaciones familiares) (González Roaro, 2003), frente a las cuales es posible establecer mecanismos precautorios (sistemas de protección), depende en buena medida del financiamiento, esto es, de la realidad económica sobre la cual el Estado, los empleadores o los trabajadores puedan aportar a dicho sistema. De allí que la seguridad social se encuentre en medio de la tensión entre el reconocimiento de la segunda generación de derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho (Ordóñez Barba, 2002) y la expansión del modelo económico neoclásico.

Como se advierte en todas las “definiciones” precedentes y lo señala Cañón Ortegón (2007):

[...] el término seguridad social ha sido utilizado con un alto grado de contenido político, para definir o enunciar políticas sociales, para determinar algunos de los temas que comprende la seguridad social o, simplemente para enunciar algunas formas de protección de las necesidades sociales, como los seguros sociales, la previsión social, etc. (p. 67).

A ese contenido ideológico-político se le ha sumado otro tanto de ideología jurídica, de suerte que se ubica a la seguridad social, al Derecho y al Estado

en una misma fragua¹³. Dicho de otra forma, desde una perspectiva iusteórica, la seguridad social opera autopoieticamente¹⁴, esto es, se define respecto de las necesidades sociales, riesgos y/o contingencias que la misma estructura estatal considera dignas de protección¹⁵.

Semejante perspectiva ha recibido varios intentos de reformulación desde un “novedoso” Derecho de la protección social o de un “moderno” concepto de

.....
13 El concepto de componente ideológico, que no se emplea aquí con ninguna carga peyorativa, sino descriptiva, enuncia “el discurso elaborado por una élite ilustrada [o técnica] que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado” (Rodríguez, 1999, pp. 63-64). En otras palabras, la ideología es un sistema de ideas o representaciones que domina la conciencia de un individuo o un grupo social o de intereses; es una representación dinámica de la relación imaginaria de las personas con sus condiciones reales de existencia así como de sus expectativas en torno al futuro.

14 En términos de Teubner, “el derecho como un sistema autopoietico es, ante todo, el derecho como un sistema completamente cerrado operacionalmente en la sociedad [...]. La idea de autopoiesis aplicada a un sistema implica la existencia de un sistema que produce él mismo no solo su estructura, sino también los elementos de los cuales se compone a partir de los propios elementos. La consecuencia más importante de la definición es que un sistema autopoietico es un sistema cerrado, circular y autorreferencial [...] los elementos que toman los sistemas sociales, de los cuales forma parte el derecho, para constituirse como sistemas autopoieticos, son las comunicaciones. Los sistemas sociales son sistemas de significado. Como tales, no están compuestos por individuos, ni objetos físicos, ni acciones, sino de la reproducción recursiva de las comunicaciones [acto de comunicación y comprensión]. La reproducción de un sistema autopoietico implica su clausura operativa. Todas las operaciones relativas al sistema se producen en su interior [por ello] según Teubner, la autorreferencialidad sólo surge cuando el sistema legal constituye él mismo de la nada sus propios componentes” (Bourdieu y Teubner, 2005, pp. 52-56).

15 No está de más recordar que los conceptos de necesidad, riesgo y contingencia en el campo específico de la seguridad social no son sinónimos y tampoco tienen un significado igual que el ordinario. Las necesidades, en ese contexto, no son meras carencias físicas o mentales percibidas por una diferencia entre lo real y lo deseado, sino un conjunto de bienes y condiciones que limitan el acceso a condiciones materiales de vida digna que son definidas por su deseabilidad según las posibilidades fácticas y jurídicas de un Estado. “El concepto de necesidad —afirma Cañón Ortegón— lleva implícito, por un lado, un elemento objetivo, económico, de carencia de elementos o recursos [...] y, por el otro, un elemento psicológico consistente en la conciencia que se tenga de la necesidad [...]. Aquellas necesidades para cuya satisfacción interviene otro individuo o grupo de individuos [...] constituyen las necesidades sociales que son el objeto de protección por parte de la seguridad social. [...] dependiendo del tipo de sociedad se conocen diversas formas de protección de las necesidades sociales, como las de asistencia o beneficencia pública, ayuda social, ahorro privado, mutualidad, seguro social, asistencia social, etc.” (Cañón Ortegón, 2007, pp. 44-45). Asimismo, por riesgo no solo se entiende la probabilidad natural o psicológica de verse afectado por eventos extraordinarios, pues si bien “en una primera etapa el seguro social adopta el esquema del seguro privado [...] donde se habla de riesgo como la posibilidad de que acontezca el hecho futuro e incierto, de evento, es decir, del acaecimiento que origina el efecto indemnizatorio, y se habla también de daño, pues la función del seguro es la de reparar un daño; en un estadio más avanzado el seguro social asume que no es requisito para la protección la relación jurídica que se haya instaurado con antelación al evento, sino que basta con que el acontecimiento tenga lugar para que se constituya la relación protectora. [...] el seguro social más que reparar daños atiende necesidades” (Arenas Monsalve, 2006, pp. 39-40). Tales necesidades no son las mismas contingencias, porque estas últimas “constituyen las causas primarias (eventos o circunstancias que determinan la protección del sistema de seguridad social) de las necesidades sociales que se consideran merecedoras de protección”. (p.41). En el mismo sentido, Almansa Pastor (1977).

seguridad social, producto del acomodo histórico de la institución¹⁶, intentos estos que, no obstante percatarse del sesgo normativista y estatista de las posiciones tradicionales, no sugieren romper con la consideración aislada y monodisciplinar con la que el Derecho atiende la cuestión de la seguridad social. De ahí que viene bien seguir la advertencia de Arenas Monsalve (2006):

La expresión de seguridad social no puede ser confundida con ninguno de los [otros] instrumentos protectores de necesidades [...] en particular se diferencia de los seguros sociales en los siguientes aspectos:

-Los sistemas de seguros sociales tienen un carácter parcializado y cubren un cierto número de riesgos. La seguridad social busca proporcionar una garantía de conjunto para todos los riesgos sociales. En tal sentido, la seguridad social se confunde con el conjunto de la política social.

-Los seguros sociales están diseñados para proteger una parte de la población (principalmente los trabajadores asalariados). La seguridad se concibe como una protección para el conjunto de la población.

-Desde el punto de vista técnico, los seguros sociales implican el pago de cotizaciones, el cumplimiento de requisitos rigurosos y una relación necesaria entre la cotización y la prestación. La idea de seguridad supone una cobertura general que se realiza a través de la redistribución en beneficio de toda la población, mediante una solidaridad general que se realiza a través de la redistribución de la renta nacional (p. 11)¹⁷.

.....
16 En el caso de Juan Carlos Cortés González (2009), por ejemplo, se plantea superar las dificultades generadas por el concepto de seguridad social que para él, como para Ruiz Moreno, es más que jurídico filosófico, con la postulación de una noción de protección social que aparece como un género que comprende “el derecho de la seguridad social que es la manifestación jurídica del sistemático ordenamiento del servicio de la protección social. Los regímenes que, dentro del sistema de seguridad social, corresponden a los ámbitos de cobertura adoptados por el Estado que generalmente son los de pensiones, salud, riesgos de trabajo, desempleo y asignaciones familiares. La asistencia social que es el conjunto de acciones que despliega el Estado para hacer efectiva la política social y atender las necesidades de las personas en condiciones de vulnerabilidad [...]. La previsión social que anteceden los sistemas de seguridad social y que comprenden las acciones de disponer lo conveniente para atender las contingencias o necesidades previsibles de la sociedad [...] la protección social puede conceptualizarse así: sistema público de provisión de bienes meritorios que atienden los requerimientos de financiación en cuanto a la gestión individual y familiar del bienestar, para suplir el estándar mínimo que asegura la dignidad humana, y que repercute directamente en el desarrollo social y mundial” (pp. 53-56). Además, puede verse Ruiz Moreno (2004). Para salir al paso de la equivocidad del concepto de seguridad social, sugiere Cañón Ortegón (2007) “ [...] atendiendo la evolución que ha tenido la seguridad social, su concepto moderno debe caracterizarse por: 1. Un tratamiento de carácter pluridisciplinario; 2. La incorporación de múltiples instituciones de protección social creadas por iniciativa, individual, colectiva o del Estado; 3. Tener como fundamento filosófico y político los principios de justicia conmutativa o distributiva; 4. Estar inspirada en principios como los de solidaridad, universalidad, integralidad, etc., y 5. Tener un cubrimiento más o menos amplio dependiendo en un todo de la política social de cada Estado y de los recursos económicos disponibles” (p. 85).

17 Los “otros” instrumentos protectores de necesidades que Arenas Monsalve (2006) considera, en línea con Almansa Pastor (1977), son: la asistencia pública, la previsión de individual o de ahorro, la previsión colectiva o

En atención al conjunto de precisiones histórico-conceptuales que sugiere Arenas Monsalve (2006) respecto a los mecanismos de satisfacción de necesidades¹⁸, tampoco puede caerse en el equívoco de sugerir la idea de seguridad social como el estadio superior de la protección social, ya que la mera noción de cambio no supone la de progreso. En términos precisos, la evolución no reporta juicios de valor tan solo de éxito o fracaso en la adaptación. De ahí que puede llevar a

mutualista y el seguro privado. Se entiende por asistencia pública el instrumento protector del que se vale la sociedad por intermedio de una entidad benefactora de origen estatal (mediante la atribución patrimonial en dinero o en servicios) para protegerse frente a la indigencia, asumida como la situación en la que pueden encontrarse miembros de la población a quienes les faltan los más elementales medios de subsistencia. En este caso, la relación que mantiene el beneficiario con el benefactor es de mera expectativa o interés legítimo en que la entidad benefactora exista y le atienda. Por ello, el beneficiario no tiene un derecho público subjetivo a recibir la prestación o ayuda. Por previsión individual o ahorro se asume la acción voluntaria de disponer lo conveniente para atender eventuales necesidades futuras, mediante la reducción del consumo y del gasto presentes, que tiene como ventaja la autosuficiencia en la satisfacción los requerimientos, porque el ahorro permite la disposición inmediata de lo ahorrado. Además, social y económicamente, este mecanismo previsor tiene la ventaja de facilitar el control de la inflación, el aumento de la renta nacional y, es consecuencia, el aseguramiento de la liquidez necesaria para que las entidades financieras destinen parte de sus ingresos a obras de interés social. No obstante, el ahorro por sí mismo no es el mecanismo más óptimo para asegurar la protección de las necesidades sociales, ya que (salvo que esté bien invertido) tiende a depreciar su potencial adquisitivo y llevan a aminorar la importancia de las necesidades sociales, pues ligan la protección a la capacidad real de ingreso y ahorro de los individuos. La mutualidad es a la suma de un conjunto de actos individuales ligados por una relación social a la que dan vida mediante un contrato plurilateral que desarrollan un mecanismo protector social, dado que sus miembros comparten intereses similares que suelen ser de carácter profesional. En este caso, la eliminación de las necesidades sociales supone el reparto de las cargas sociales entre todos los mutualistas, lo que les otorga un derecho subjetivo a exigir la protección. Puesto que los mutualistas pueden sufrir el desmedro de sus ingresos, el alcance del aseguramiento de las necesidades estará signado por sus posibilidades presupuestales. Por seguro privado se asume la relación mediante la cual una persona natural o jurídica (el asegurado) se compromete con otro (el asegurador) a la reserva de un cierto capital (mediante pago pactado, previo cobro de una prima) para que en el caso de que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, el asegurador repare el daño producido dentro de lo pactado. El seguro privado es de carácter voluntario; salvo en algunas ocasiones en las que la ley impone el aseguramiento forzoso, tiene un ánimo de lucro (finalidad de obtener el asegurador, un dinero) y sirve para asegurar personas y cosas para relajar las necesidades o los recursos demandados por la sociedad, porque puede servir como forma complementaria de aseguramiento, respecto de la Seguridad Social.

18 Para Arenas Monsalve (2006) como para Cañón Ortigón (2007), “[...] los seguros sociales son el resultado histórico del Estado benefactor e intervencionista” (p. 56) que sigue a los seguros sociales de responsabilidad patronal, dado el desequilibrio económico y la debilidad del trabajador en la relación laboral. De ahí que como no tienen ánimo de lucro, los seguros sociales obligatorios tengan un carácter emancipatorio de origen legal, por el que las partes, los sujetos protegidos y la determinación de los riesgos cubiertos o protegidos tienen su fuente en la propia ley. Cañón Ortigón (2007) señala que “[...] la situación de desequilibrio económico y social, llevó a pensar en buscar fórmulas para una determinación automática de la responsabilidad en cabeza del empleador, en cuanto a los perjuicios derivados de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Esta determinación se llevó a cabo primero a través del establecimiento o la contratación de un seguro privado a favor de terceros, los trabajadores, lo cual simplemente trajo como resultado el traslado de la controversia y eventualmente la responsabilidad del empleador, a las compañías de seguros dentro de la misma dialéctica de equilibrio procesal [...] y posteriormente la determinación de la responsabilidad se realizó mediante la elaboración de teorías jurídicas (riesgo de autoridad, profesional, de empresa, de riesgo contractual, etc.) hasta llegar a establecer una responsabilidad objetiva para los riesgos profesionales, en cabeza del empleador” (Arenas Monsalve, 2006, pp. 56-61).

engaño considerar la seguridad social en un sentido similar, pues la dinámica en el proceso de expansión de la seguridad social en cuanto cobertura, necesidades objeto de protección y mecanismos de aseguramiento financiero y de gestión proyectados a largo plazo no es de ninguna forma semejante a un desarrollo organicista. No es natural ni histórica o económicamente previsible que la seguridad social siga un orden progresivo y no regresivo¹⁹, dado que, como conjunto integrado de medidas públicas de ordenamiento, un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales depende en buena parte de las prestaciones individualizadas y económicamente evaluadas por el Estado y el ente rector de la macroeconomía (Alonso Olea y Tortuero Plaza, 1998).

Aunque es obvio que la seguridad se desarrollará e implementará de modo distinto en cada país, de acuerdo con sus posibilidades fácticas, económicas y políticas, no cabe esperar que las medidas de aseguramiento y protección general de todos los ciudadanos contra las situaciones de necesidad sigan una dirección “natural” hacia la garantía de un mínimo de renta universal, pues el tiempo no hará lo que la sociedad y los grupos de interés involucrados en la seguridad social no hacen, más aún cuando los políticos en general —quienes fungirán como los legisladores que señalan las miras estatales en materia social— actúan igual que los capitalistas: tras la “búsqueda de rentas”. De esta manera, sus acciones perseguirán la mayor utilidad —que no el beneficio colectivo— a los menores costos posibles: en gasto público y social, por ejemplo.

Además de las múltiples y dubitables “definiciones” e intentos por superar imprecisiones respecto del concepto de seguridad social, subsiste un problema que destaca Ruiz Moreno (2008) acerca de la definición que intenta Gustavo Arce Cano:

.....
19 El modelo económico neoclásico que fundamenta las “reformas estructurales”, de incidencia decisiva en la retracción del gasto social, en particular en seguridad social, se sirve de ese mito evolutivo. En términos de Samir Amin (1999), la ideología del equilibrio competitivo de Walras soporta “la utopía liberal, según la cual, el mercado no sólo es el amable regulador de la vida social sino que además se autorregula, en el sentido de que puede continuar operando por sí mismo sin necesidad de que fuerzas externas (como el Estado) estructuren su operación. Sin embargo, la ideología de la economía política capitalista sólo se expresa de esta forma cruda y extrema en casos excepcionales. En realidad, las operaciones del capitalismo realmente existente están reguladas por dos series de factores ajenos a esta lógica unilateral: el equilibrio de fuerzas entre las diferentes clases sociales, alrededor de la cual se origina la contradicción entre capital y trabajo, y la relación entre los diferentes participantes nacionales que conforman el régimen capitalista global” (pp. 107-108).

La seguridad social es el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, los obreros y el Estado, o alguno de éstos, como subsidios, pensiones y atención facultativa, y de servicios sociales, que otorgan de los impuestos las dependencias de aquél, quedando amparados contra los riesgos profesionales y sociales, principalmente de las contingencias de la falta o insuficiencia de ganancia para su sostenimiento y el de su familia. De avanzada para su tiempo, no obstante le cabe una objeción pertinente a dicha definición: a nuestro parecer, Arce Cano incurrió en un grave error de apreciación al considerar la seguridad social como un “instrumento jurídico”, confundiéndolo entonces con el Derecho de la Seguridad Social —lo que es distinto (p. 216) (cursivas propias).

Pese a que resulta cierta la precisión de Arenas Monsalve (2006) acerca de que “la idea de seguridad social constituye un ideal de política social, cuyo desarrollo se concibe y se logra mediante un sistema jurídico, de forma diferente en cada país” (p. 12), ello no implica reducir las dimensiones económicas y políticas de la seguridad social al Derecho, ya que, como define Rodríguez Mancini (1991), el “derecho de la seguridad social es el conjunto de normas, principios y técnicas [jurídicas] que tienen el objeto de satisfacer necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias valoradas como socialmente protegidas” (p. 706)²⁰.

En términos de la economía y política de la seguridad social (en un orden de prioridades diferente, es cierto), esta consiste “en la búsqueda de ese ideal de protección social dentro de los principios básicos de: universalidad subjetiva, universalidad objetiva, igualdad protectora, unidad de gestión y solidaridad financiera” (Arenas Monsalve, 2006, p. 12).

.....
20 En el mismo sentido afirma Julio Armando Grisolia (2005) que “el **derecho de la seguridad social**, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las denominadas contingencias sociales, como la salud, la vejez, la desocupación. Se trata de casos de necesidad biológica, económica y de una de las ramas más complejas del llamado Derecho Social, ya que comprende un entramado jurídico compuesto por variadas legislaciones, cada una de las cuales presenta características particulares bien determinadas. Si bien los fines de la seguridad social no son los mismos que los del Derecho del Trabajo, ambos se destacan por su carácter protector y por garantizar determinado nivel de subsistencia a las personas. Por lo tanto, el Derecho de la Seguridad Social tiene un sujeto más amplio que el Derecho del Trabajo, ya que no sólo abarca a los trabajadores dependientes, sino que protege, además, a los autónomos y a los desempleados. Es decir que los **beneficiarios de la seguridad social son todos los hombres**, y su objeto es amparar las necesidades que dificultan su bienestar” (p. 34).

Ahora bien, como hablar en términos de ideales no dice mucho de la definición de seguridad social y de la pensión, para allanar el asunto tan solo queda remitirse a lo que ha dicho la OIT (1991):

Definiremos la seguridad social como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos [cuyo objetivo es] *velar porque las personas que están en la imposibilidad -sea temporal o permanente- de obtener un ingreso, o que deben asumir responsabilidades financieras excepcionales, puedan seguir satisfaciendo sus necesidades, proporcionándoles, a tal efecto, recursos financieros o determinados bienes o servicios* (p. 9) (cursivas propias)²¹.

En un sentido más estricto, aunque no menos altruista, la bien conocida norma mínima (Convenio 102 de la OIT) organiza y enumera los componentes preventivos, reparadores y complementarios de la seguridad social en términos piramidales, según Mesa-Lago (1959). Mediante este Convenio, los países miembros —sean o no alguno de los 47 países que lo han ratificado— fijaron el estándar de contingencias que habrían de ser contempladas por cada sistema de seguridad estatal en orden a las posibilidades fácticas de cada país (Cañón Ortégón, 2007). A ese respecto, la OIT (1989) considera:

.....
21 En efecto, el concepto de seguridad social apareció por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, reunida en Filadelfia en 1944, en los siguientes términos: “La ‘seguridad social’ engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos médicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados” (OIT, 1995, p. 6). La OIT agrega datos que conviene tener en cuenta a la hora de aproximarse a la evolución del concepto: “Cabe destacar que el término ‘seguridad social’ fue empleado por primera vez en la legislación de los Estados Unidos en 1935 —en la ‘Social Security Act’— y después en 1938 en una ley aprobada en Nueva Zelanda. La OIT hizo suyo el término, que desde entonces usó con prodigalidad en los diversos Convenios y Recomendaciones (que intentan establecer normas que deben seguir los países), aprobados a partir de 1952. Cuando se habla de ‘seguridad social’, debe recordarse que se compone de diferentes elementos: el ‘seguro social’, la ‘asistencia social’, las prestaciones que se financian con los ingresos generales del Estado, las ‘asignaciones familiares’ y las ‘cajas de previsión’; y que deben relacionarse con la provisiones complementarias de los empleadores; por ejemplo, la indemnización de los trabajadores en caso de accidente o enfermedad, de origen laboral y otros programas complementarios que se han desarrollado en torno a la seguridad social” (p. 6).

•Introducción•

[...] el Convenio 102 trata en un instrumento único las nueve ramas principales de la seguridad social, a saber: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. Su campo de aplicación ya no está definido en función de un sector de actividad económica (industria, agricultura), sino que se determina, a opción de los Estados, por referencia a los asalariados, a la población activa o a los residentes. Por último, el Convenio fija el nivel mínimo de las prestaciones; en lo que atañe a los pagos periódicos, éstos se calculan por referencia a los salarios del país interesado, mientras que en los instrumentos precedentes la fijación del monto de las prestaciones era determinada por la legislación nacional. El Convenio 102 consta de quince partes, de las cuales las partes II a X corresponden a las nueve ramas de la seguridad social anteriormente mencionadas. Las partes restantes (parte I y partes XI a XV) contienen disposiciones comunes a todas las ramas. Para poder ratificar el Convenio 102 basta aceptar tres de estas nueve ramas, que comprendan por lo menos una de las ramas siguientes: prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de invalidez o prestaciones de sobrevivientes (artículo 2). Los Estados pueden aceptar ulteriormente las obligaciones que derivan de otras partes (artículo 4). El Convenio contiene, para cada rama, disposiciones sobre definición de la contingencia cubierta, campo de aplicación mínimo de la protección, nivel de las prestaciones, duración de las mismas y condiciones de su atribución. En estos puntos el Convenio está redactado con la flexibilidad necesaria para que puedan tenerse en cuenta técnicas y grados de desarrollo diversos. Además, el artículo 3 prevé varias excepciones temporales para los países “cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados”. Todo Estado que desee acogerse a estas excepciones temporales puede hacerlo mediante una declaración anexa a su ratificación.

En orden a la descripción presentada, dado el interés particular de este estudio, las pensiones, las prestaciones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, que conllevan en su configuración la “prestación económica que se paga periódicamente a las personas, cuando reúnen los requisitos legales” (Pachón, 2009, p. 170), constituyen las ramas de la seguridad social más fuertemente determinadas por la confluencia de la tridimensionalidad disciplinaria de la que se ha hablado anteriormente. Por ello, El Banco Mundial considera que:

[...] las sociedades y los gobiernos han creado diversos mecanismos para proveer la seguridad económica a sus ciudadanos ancianos, como parte de la red de seguri-

dad social que tiene por objeto reducir la pobreza. Esos mecanismos son de interés universal para todos nosotros —ricos y pobres, jóvenes y viejos— porque pueden estimular el crecimiento u obstaculizarlo (1998, citado en Torres Corredor y Rojas Morales, 2010, p. 12).

En esa perspectiva, los sistemas de seguridad social en pensiones involucran triádicamente las difíciles relaciones de equilibrio entre las dimensiones económica, política y jurídica de un modo bastante diferente a como lo hacen las restantes ramas de la seguridad social consideradas por la OIT. Esto se debe a que en su caso no puede alegarse, *prima facie*, la preponderancia de un derecho subjetivo como el de seguridad social en salud o de riesgos-contingencias profesionales sobre los elementos económico-financieros del sistema o de las medidas de acuerdo político que buscan desarrollarlo. En lo que atañe a la satisfacción, a diferencia de la seguridad social referida a componentes de amparo sanitario individual, un sistema pensional es un proyecto social de mediano a largo plazo que, aunque involucra los intereses jurídicamente protegidos de los individuos, no solo se refiere a los bienes jurídicos de los mismos. Por ejemplo, no es sustentable económicamente —menos aún en términos de equidad— un sistema pensional que, en aras de satisfacer los intereses presentes de una generación, condene a las próximas a la renuncia de sus propios intereses, así como tampoco es sensato que, en aras de una defensa garantista de derechos subjetivos legítimos presentes, se sacrifique la sostenibilidad a mediano o largo plazo de un sistema que tiene como objetivo la satisfacción de dichos derechos.

Las difíciles relaciones señaladas para el caso de las pensiones no son solo de orden conceptual y demandan una mirada realista de las posibilidades fácticas sobre su adecuación, más aún cuando, como señala Humberto Podetti (1997):

[...] la noción clásica de riesgo o contingencia social, sobre la cual se asentó tradicionalmente la seguridad social —y más ampliamente el Estado de bienestar— ha ido perdiendo su carácter unificador frente a dos tendencias, una ampliatoria y otra restrictiva. Por una parte hay una tendencia de que alcancen cobertura nuevos “riesgos colectivos” frente a los cuales no caben sino respuestas asentadas en la solidaridad. Por la otra —especialmente en Estados Unidos—, se va postulando un retorno a la responsabilidad individual (pp. 654-655).

Contrario a lo que considera la doctrina tradicional sobre seguridad social (Almansa Pastor, entre otros), un análisis realista de dichas tendencias no soporta

un enfoque evolucionista que busca identificar los “tipos” de calificaciones de amparado (por ejemplo, del riesgo a la contingencia, de la contingencia a la necesidad social) para mostrar el cambio de un tipo a otro y explicar los procesos de transición, porque la concreción del amparo en términos de la seguridad social en pensiones no sigue ningún proceso natural de mejora²².

Antes de hablar de un tránsito tranquilo de un estadio a otro, es necesario destacar las tensiones, colisiones o integraciones eclécticas entre elementos estructurales de las dos tendencias descritas sobre la seguridad en pensiones, fenómenos que son de evidente manifestación en Estados Unidos y América Latina²³, pero que demandan poner sobre la mesa las definiciones alternativas, según el enfoque que se priorice: jurídico, político o económico.

Equivocidad conceptual en materia pensional

Como la equivocidad en el concepto de seguridad social contagia el concepto de pensión, la única fuente más o menos fiable para su definición remite a la tácita adopción común —cuando no la ratificación— de los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la materia²⁴. Ese marco está constituido por la

22 Una sucinta descripción de la ortodoxia evolucionista en seguridad social puede verse en Manrique (1984).

23 Una muestra evidente de los problemas de la tendencia de responsabilidad individual en el caso de los Estados Unidos es la tan connotada reforma a la salud sancionada por Barack Obama en marzo de 2010, la cual se aleja del tradicional sistema individual de ahorro, para proveer un sistema de salud universal, es decir, de acceso para personas de todas las condiciones sociales. Este fenómeno muestra como no puede alegarse el éxito de una tendencia sobre la otra, pues, de acuerdo con Ana María Millares (2009), profesora de la Universidad Pontificia Bolivariana, “los debates en Estados Unidos permiten la posibilidad de discutir esto, quizás por primera vez, en América Latina donde el modelo privatizador se adoptó como parte del paquete de exigencias del Fondo Monetario Internacional. Es claro que en la mayor parte de los países de América Latina acceden a la salud quienes tienen dinero con qué pagar la atención médica. Nuestros Estados optaron claramente por el fortalecimiento de la medicina privada y el progresivo desmantelamiento del servicio público de salud. Esto quiere decir que un derecho humano fundamental, un bien público por excelencia, está hoy sujeto a la capacidad de pago de los ciudadanos”. De otra parte, pese a que desde hace dos décadas existe en América Latina la tendencia generalizada a reformar los sistemas de seguridad social en salud y pensiones de acuerdo con el modelo estadounidense de capitalización individual, también es cierto que existe un movimiento opuesto de países de, como le llama Carmelo Mesa-Lago (2009), “re-reforma” del sistema privado al público impulsado por Argentina y Venezuela. Esto muestra que entre tendencias opuestas tienden a darse procesos de hibridación o mixtura como procesos pendulares de reforma y re-reforma. También puede verse Bonilla y Conte-Grand (1999).

24 A modo de ejemplo, algunas definiciones de pensión consignadas en el Diccionario Legal Duhaime la consideran como “una renta vitalicia o de pago periódico, por un gobierno, una empresa o un empleador de mano de obra, en consideración a servicios pasados o de la renuncia de los derechos, las reclamaciones o emolumentos”. Otras afirman que “la pensión es una prestación o subsidio hecha en consideración de la prestación de servicios pasados o la entrega de los derechos o emolumentos al retiró del servicio” y unas más indican “la pensión de derecho surge como un activo o un paquete de contingentes de los derechos a una corriente de ingresos futuros. Después de la

norma mínima sobre seguridad social (Convenio 102, partes V, IX y X) de 1952, el Convenio 128 y la Recomendación 131 de 1967 que, como son reseñados en el *Estudio general sobre la protección de la vejez por la seguridad social*, consideran:

[...] la parte V del Convenio (102) define la edad mínima prescrita para el goce de la pensión, que en principio se fija en 65 años (art. 26, párrafos 1 y 2). El campo de aplicación debe cubrir, a elección de los gobiernos, por lo menos el 50 por ciento de todos los asalariados, o categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan por lo menos el 20 por ciento de todos los residentes, o incluso todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos [...]. Además, las prestaciones de vejez deben ser adaptadas a la evolución del nivel general de las ganancias (arts. 28, 29, 65, 66 y 67 y cuadro anexo a la parte XI [...]). El Convenio 128, que consta de ocho partes, sólo abarca las tres contingencias a largo plazo: invalidez, vejez y muerte del sostén de familia (sobrevivientes) [...]. Además, el Convenio 128 prevé también la conservación de los derechos en curso de adquisición, por ejemplo, en caso de traslado de un régimen a otro (art. 30) [...]. En lo que atañe a las prestaciones de vejez, que son objeto de la parte III del Convenio, el campo de aplicación debe comprender a todos los asalariados, a categorías prescritas de la población económicamente activa, que constituyan por lo menos el 75 por ciento de toda la población económicamente activa, o a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos (art. 16). En cuanto al monto de las prestaciones, está fijado al 45 por ciento del salario de referencia (cuadro anexo a la parte V del Convenio). Habida cuenta de estos objetivos más elevados, el Convenio contiene diversas cláusulas de flexibilidad. En particular, el Convenio autoriza la exclusión de su aplicación de ciertas categorías de asalariados (art. 37) y la exclusión temporal de los asalariados del sector agrícola (art. 38) [...]. En cuanto a la Recomendación 131, completa el Convenio 128 elevando el nivel de protección previsto por este instrumento en ciertos puntos, y más particularmente para las prestaciones de vejez, en materia de campo de aplicación (párrafo 2), de edad de pensión (párrafos 6 y 7), de período de calificación (párrafos 8, 16 y 17), de suspensión de las prestaciones (párrafos 11 y 26), de jubilación diferida (párrafo 18) y de nivel de las prestaciones (párrafos 22 a 25) (OIT, 1989, pp. 5-6).

jubilación, la pensión se produce cuando un ingreso, los activos de pensiones en cierto sentido entran en proceso de liquidación" (duhaime.org, s. f.).

Se infiere que la OIT considera la pensión como la prestación social, contributiva o no contributiva²⁵, a cargo del Estado consistente en un pago periódico a favor de los asalariados, la población económicamente activa o los residentes, que abarca las tres contingencias de largo plazo: invalidez, vejez y muerte del sostén de familia (sobrevivientes), de conformidad con las disposiciones, categorías y condiciones que mínimamente establece la Organización para cada una de las contingencias contempladas²⁶.

.....
25 En términos de la Organización (1989), se toman por estas las prestaciones cuya concesión depende o no de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador o del cumplimiento de un período de actividad profesional calculado legalmente.

26 Por su importancia para este estudio, no está de más referir los artículos relevantes sobre esta materia contenidos en el Convenio 128: "Parte II. Prestaciones de invalidez. Art. 7. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los arts. siguientes de esta parte. Art. 8. La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito [...]. Art. 9.1. Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; c) sea a todos los residentes [...]. Art. 10. La prestación de invalidez deberá consistir en un pago periódico calculado: a) de conformidad con las disposiciones del art. 26 o con las del art. 27, cuando la protección comprenda asalariados o categorías de la población económicamente activa; b) de conformidad con las disposiciones del art. 28, cuando la protección comprenda a todos los residentes [...]. Art. 11.1. La prestación mencionada en el art. 10 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: a) a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia; o b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación de tres años de cotización y en cuyo nombre se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual o número anual alcancen un valor prescrito. 2. Cuando la concesión de la prestación de invalidez esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización, de empleo o de residencia, deberá garantizarse una prestación reducida [...]. Art. 12. La prestación mencionada en los arts. 10 y 11 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia o hasta que sea sustituida por la prestación de vejez. Art. 13.1. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte de este Convenio deberá, en las condiciones prescritas: a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores [...]; y b) tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapacitados [...]. Parte III. Prestaciones de vejez: Art. 14. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los arts. siguientes de esta parte. Art. 15.1. La contingencia cubierta será la supervivencia a una edad prescrita. 2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años [...]. Art. 16.1. Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; c) sea a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del art. 28. 2. Cuando esté en vigor una declaración formulada en virtud del Art. 4, las personas protegidas deberán comprender: a) sea a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25 por ciento de todos los asalariados; b) sea a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales que constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados ocupados en empresas industriales. Art. 17. La prestación de vejez deberá consistir en un pago periódico calculado: a) de conformidad con las disposiciones del art. 26 o con las del art. 27, cuando la protección comprenda a asalariados o a categorías de la población económicamente activa; b) de conformidad con las disposiciones del art. 28, cuando la protección

Como la propia Organización contempla ciertas cláusulas de flexibilización en el momento de incorporar (ratificar) el marco normativo internacional a los ordenamientos jurídicos internos y reconoce y justifica que más de los dos tercios de los Estados miembros de la OIT (entre ellos, Colombia) no están ligados por el Convenio 102 o por el Convenio 128²⁷, les asiste cierta razón a quienes con-

comprenda a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos. Art. 18.1. La prestación mencionada en el art. 17 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de treinta años de cotización o de empleo, o de veinte años de residencia; o b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido un período de calificación de cotización prescrito [...]. 2. Cuando la concesión de la prestación de vejez esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida por lo menos: a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida [...], la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito de acuerdo con el apartado b) del párrafo 1 del presente art. 3 [...]. Art. 19. La prestación mencionada en los arts. 17 y 18 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia. Parte IV. Prestaciones de sobrevivientes: [...] Art. 21.1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia. 2. En el caso de la viuda, el derecho a la prestación de sobrevivientes podrá quedar condicionado al hecho de que tenga una edad prescrita. Tal edad no deberá ser superior a la edad prescrita para la concesión de la prestación de vejez. 3. No se establecerá ninguna condición de edad cuando la viuda: a) esté inválida según sea prescrito; o b) tenga a su cargo un hijo del fallecido. 4. Podrá prescribirse una duración mínima del matrimonio para que una viuda sin hijos tenga derecho a una prestación de sobrevivientes. Art. 22.1. Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que sea asalariado o aprendiz; b) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; c) sea a todas las viudas, a todos los hijos y a todas las otras personas a cargo especificadas por la legislación nacional, que hayan perdido su sostén de familia, que sean residentes [...]. 2. Cuando esté vigente una declaración formulada de conformidad con el art. 4, las personas protegidas deberán comprender: a) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas [...]. Art. 23. La prestación de sobrevivientes deberá consistir en un pago periódico calculado: a) de conformidad con las disposiciones del art. 26 o con las del art. 27, cuando estén protegidos los asalariados o categorías de la población económicamente activa; b) de conformidad con las disposiciones del art. 28, cuando estén protegidos todos los residentes [...]. Art. 24.1. La prestación mencionada en el art. 23 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: a) a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia [...]; b) cuando, en principio, los cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de tres años de cotización [...]. 2. Cuando la concesión de la prestación de sobrevivientes esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos: a) a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización o de empleo; o b) cuando, en principio, los cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de tres años de cotización [...]. Art. 25. La prestación mencionada en los arts. 23 y 24 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia" (OIT, 1967).

27 El *Estudio general sobre la protección de la vejez por la seguridad social* sostiene que "la causa de este hecho ha de atribuirse tanto a las dificultades inherentes a la aplicación de estos dos convenios como a su naturaleza

sideran que las medidas de la OIT son meros catálogos de buenas intenciones²⁸, máxime cuando la situación de las pensiones en el mundo ha sido objeto de los más variados análisis. Sobre el futuro de la seguridad social comentaba Richard Hemming (1998), entonces jefe de la División de Análisis Fiscal del FMI:

[...] hasta ahora, en la discusión sobre la reforma de la seguridad social, parece que hemos dividido a los responsables de la política en tres categorías: los que tratan de evitar una reforma importante, suponiendo que el crecimiento se hará cargo de las cosas (sin saber realmente de dónde va a venir el crecimiento); los que están dispuestos a realizar cambios radicales; y los que piensan que la solución está tanto en la reforma como en el crecimiento. La mayoría de nosotros creo que estamos en este último grupo, y mis cinco condiciones previas van dirigidas, sobre todo, a ese grupo. Mi primera condición previa para una reforma exitosa es que los sectores público y privado deben hacer cada uno aquello en lo que son buenos [...] el sector público es bueno en asegurar que haya una red de seguridad para los jubilados (por medio del sistema fiscal y de transferencias), así como en proporcionar pensiones indizadas (gravando con impuestos los ingresos reales crecientes), mientras que el sector privado es bueno en ofrecer una gama flexible de arreglos sobre pensiones, que satisfacen distintas necesidades individuales, y en la acumulación de fondos para pensiones [...] una segunda condición previa, es que la provisión de pensiones debe ser hecha a la medida de las características y preferencias de cada país [...] mi tercera condición previa, que es que la reforma de la seguridad social tiene que contribuir a, y ser apoyada por, políticas destinadas a asegurar unas finanzas públicas sanas. La cuestión fundamental se refiere a cómo hacer frente a los costos futuros de las pensiones (después de tener en cuenta las reformas de las pensiones que sean realizadas). La respuesta es clara... incrementando la producción futura. Los arreglos hechos para pagar las pensiones, y en particular la elección entre la acumulación de fondos y la retención fiscal en la fuente, pueden afectar el ahorro, la inversión y la producción, pero sólo ligeramente. La estabilidad macroeconómica y una reforma estructural fundamental (liberalización

particularmente técnica y a su grandísima complejidad. La Comisión espera, por tanto, que el presente Estudio facilitará la comprensión de estos instrumentos y que permitirá elucidar ciertos puntos, ofreciendo de esta suerte a un número creciente de países la oportunidad de examinar nuevamente su posición en cuanto a la ratificación de los Convenios núms. 102 y 128" (OIT, 1989, p. 131).

28 Comenta Ángel Guillermo Ruiz Moreno (2010): "En efecto, se aduce por sus críticos que la seguridad social contemporánea es un catálogo de loables intenciones irrealizables que termina provocando efectos sociales adversos a los originalmente perseguidos, una utopía que de suyo resulta casi imposible materializar en la práctica debido a su elevado coste, aduciendo su supuesta incosteabilidad futura como si el problema de la protección social fuese susceptible de reducirse a cuestiones económico-financieras; empero, todos sabemos que dinero siempre ha habido y habrá, que lo único que hace falta es aprender a jerarquizar las prioridades nacionales para atender lo importante en vez de lo urgente".

comercial y financiera, etc.) son la clave, y la sostenibilidad fiscal es esencial para ambas (porque el déficit fiscal amenaza el crecimiento, los objetivos para la inflación y la balanza de pagos, y limitan el margen de reformas estructurales). Unas finanzas sanas de la seguridad social son un elemento de sostenibilidad fiscal, en el sentido de que tiene que haber capacidad para cubrir las obligaciones de la seguridad social sin fondos acumulados [...]. Finalmente, la eficacia microeconómica y las finanzas públicas sanas son dos aspectos de una buena gestión fiscal. La transparencia fiscal también es importante, y mi quinta condición previa para la seguridad social es que los arreglos deben ser transparentes, en el sentido de que debe haber una apertura al público en todos los aspectos del sistema de la seguridad social. La falta de transparencia mina el apoyo público a las políticas sobre pensiones y puede conducir a ineficacia y dificultades financieras (pp. 256-259).

Como se advertirá, pese a que la posición de Hemming representa protópicamente la ortodoxia económica neoclásica, es incuestionable que un seguimiento fiel al marco normativo de la OIT es imposible, pues la seguridad social en pensiones no puede sustraerse al fenómeno inherente de la sostenibilidad financiera. A ese respecto, Giovanni Tamburi (1989), en la misma Conferencia de Estocolmo, aunque desde una perspectiva opuesta a la de Hemming, afirma:

Un análisis tanto de la legislación reciente como de los debates en curso sobre la reforma de las pensiones en América Latina o en la Europa central y oriental muestra que, en general, los gobiernos y las partes sociales (es decir, los sindicatos) no tienen objeciones que hacer, en principio, a la introducción de una estructura de pensiones de pilares múltiples (una estructura de pensiones de pilares múltiples implica que el primero es el proporcionado por el Estado, mientras que el segundo —y eventualmente el tercero— son regulados por el Estado pero de gestión privada) ni a hacer obligatorio el segundo pilar. Sin embargo, consideran que, como se va a obligar a los empleados a “ahorrar para la jubilación”, sería justo ofrecerles desde el principio garantías legales firmes de que sus ahorros están en manos seguras y de que sus inversiones serán productivas a largo plazo (p. 275).

Así las cosas, está fuera de toda duda que el seguimiento cabal de las recomendaciones de la OIT están ligadas al crecimiento económico y, por ende, que cualquier análisis realista no ideológico ni monodisciplinar de la situación de las pensiones en el mundo demanda un análisis de conjunto, no obstante que, dada la dimensión (jurídica, política o económica) donde se ponga el énfasis, la definición de pensión sea diferente, como se detallará en seguida.

Alternativas conceptuales definitorias de pensión

Pensión-derecho fundamental

Desde la perspectiva jurídica típico-ideal, el instituto pensional está vinculado a la idea de derecho subjetivo fundamental²⁹, es decir, pese a la tendencia formal de los profesionales del Derecho a asumir las “definiciones legales”, se reconoce que, al formar parte de la seguridad social, la pensión es, en cierto sentido —y con ciertos matices, como se advertirá— un derecho fundamental. Esto en el entendido de que, según lo preceptuado en los Artículos 22 y 25 de la Declaración universal de derechos humanos y 9 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales:

Art. 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad [...]. Art. 25. (1). Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad [...]. Artículo 9º: Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social³⁰.

.....
29 La idea tipo, en tanto instrumento metodológico, no es invalidada por objeciones de contrafactividad, pues, pese a que es obvio que un jurista puede asumir —y en efecto así sucede— la definición del instituto pensional más adecuada al interés que represente o defienda (económico, político o gremial), lo que interesa es la simiente original del concepto.

30 Declaración aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 —Entrada en vigor: 3 de enero de 1976—. Concibe el seguro social como una medida de protección a la población ocupada en el sector moderno de la economía, mientras la seguridad social es de vocación universalista. Otras disposiciones internacionales sobre el “derecho fundamental a la seguridad social” de interés para Colombia, dado que han sido reconocidos y ratificados, son la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (OEA, 1948) que, en su artículo 16 expresa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; la Carta internacional americana de garantías sociales (OEA, 1948), que establece los derechos sociales del trabajador y en sus Artículos 28 a 34 desarrolla lo referente a la “previsión y

No obstante, el derecho-prestación universal de una pensión —en los términos y las condiciones desarrolladas por la OIT— no se reconoce de forma determinante ni categórica en tanto su materialización, habida cuenta de que los derechos “fundamentales” de prestación, a diferencia de los derechos-libertades clásicos, no tienen carácter imperativo, dado que para su realización suponen la presencia activa del Estado por intermedio de mecanismos compensatorios o providenciales³¹.

La pensión funciona como un derecho fundamental solo en la medida en que, en términos de Alexy (1997), “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (p. 240), aun cuando como mandato es un derecho fundamental *prima facie*, es decir, no es un mandato definitivo porque, para alcanzar dicha categoría, se requiere considerar todas las circunstancias de su satisfacción en cada caso³². De ahí que la pensión, en este contexto, se considere como un “mandato de optimización”, esto es, como “norma(s) que ordena(n) que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [que, a diferencia de las reglas,] contienen determinaciones en

seguridad sociales[...]: Art. 28. “Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales [...]. Art. 34. Los trabajadores independientes tienen derecho a la cooperación del Estado con el objeto de incorporarse a las instituciones de protección social que se organicen para reconocerles prestaciones iguales a las de los trabajadores asalariados. Igual derecho compete a las personas que ejerzan profesiones liberales y que no se hallen en una relación de dependencia frente a terceros”.

31 Como se recordará el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales amplía el espectro negativo de derechos liberales al ámbito de los derechos positivos o derechos-prestación, propios del Estado social de Derecho y consisten, entre otros, en los derechos a la seguridad social y los derechos preeminentes de las personas con discapacidad y de los adultos mayores. En el contexto de este Pacto, entonces, los derechos fundamentales solo pueden interpretarse al tenor de los postulados del Estado social de Derecho que, al entendido del eminente jurista español Manuel García-Pelayo (1991), se caracteriza: “i) por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; iii) por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales, y iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos, y, finalmente, v) por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales” (p. 92).

32 Como anota Gloria Patricia Lopera Mesa (2004), “la cualidad *prima facie* no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter *prima facie*, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el principio formal que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima” (p. 218). Además, puede verse Alexy (1997).

el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (Alexy, 1997, pp. 86-87)³³. Esta tesis, en cierto sentido, tiene asiento en el Preámbulo de la propia Declaración universal de los derechos humanos, así como en los convenios de la OIT sobre la materia³⁴.

En cuanto derecho fundamental, el instituto pensional es un proyecto de carácter progresivo que afirma que su satisfacción, por parte de los Estados, es solo una obligación si su materialización debe tener lugar “en la mayor medida posible”, en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas (Alexy, 1997). La pensión es un derecho fundamental condicionado no solo por la disponibilidad de recursos para su satisfacción, sino además —para la mayoría de sistemas de pensiones occidentales no universales— a su categorización caso a caso³⁵, en

.....
33 En el caso colombiano, esta noción, fue asumida por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que “los principios [...] proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

34 Como afirma el Preámbulo: “[...] la Asamblea General proclama la presente Declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción” (resaltado fuera del texto). No sobra recordar que las Convenciones y Recomendaciones de la OIT tienen tal grado de flexibilidad que, en muchos casos, son más medidas exhortativas que normativas o vinculantes. Puede verse OIT (2002).

35 En el caso colombiano, es evidente que solo algunos grupos de juristas defienden el derecho a la pensión como derecho fundamental en sentido estricto, ya que la jurisprudencia constitucional ha preferido no considerar el derecho a la seguridad social (incluida la seguridad social en pensiones) como un derecho fundamental, sino un derecho social de prestación. Anota la Corte Constitucional en (1994): “El derecho a la Seguridad Social parte de los llamados derechos de segunda generación que son en estricto sentido derechos-prestación que exigen de desarrollo legislativo para poderse hacer efectivos, por ello no pueden considerarse como fundamentales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en su sentencia T-406 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, “[...] está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”. A lo anterior se agrega que por la contundencia de los hechos, en caso de violación de un derecho fundamental, los mecanismos para su defensa son breves y sumarios (acción de tutela), puesto que no hay controversia por dirimir, ni complejidad por aclarar, son entonces de aplicación directa. Muy diferente de lo que ocurre con los derechos sociales, y en particular con el derecho a la Seguridad Social, puesto que su examen debe absolver una situación variable en el tiempo y compleja en su fundamento jurídico, todo lo cual debe ser definido por la ley. Por otra parte, el inciso 2°. del artículo 48 de la Constitución Política, establece: ‘Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social’. Es un enunciado estructuralmente diferente al que puede tener un derecho fundamental, puesto que en este caso, el derecho no se adquiere tan sólo por la disposición constitucional [...]. Este derecho económico-social existe como concesión del Estado, cuyo grado de variabilidad puede hacer que en el tiempo y en el espacio se desarrollen una multiplicidad de formas muy diferentes para su prestación. La doctrina considera que ‘las normas constitucionales tienen todas la misma naturaleza jurídica aunque no son todas del mismo tipo; los derechos sociales [...] no son reglas acabadas, son los fundamentos de una

el entendido de que dicha categorización resulte de la aplicación de la técnica de ponderación por los organismos jurisdiccionales correspondientes. Según Alexy (1997), dadas las tres exigencias básicas para su desarrollo (idoneidad, necesidad y proporción), la demanda de derechos fundamentales de prestación ha de concederse siempre y cuando haya una “fundamentación acertada” de tales decisiones, puesto que no transgreden el “contenido de los [restantes] derechos fundamentales” (p. 89).

De la misma forma en la que fue señalado para la seguridad social en general, en el caso de la definición conceptual de pensión como “derecho subjetivo” se avienen múltiples elementos ideológicos; de allí que, según los intereses que se pretendan representar o defender, las posiciones jurídicas oscilan entre pensión como derecho fundamental en sentido estricto y pensión como derecho social de prestación³⁶. En el primero, el acceso universal a una pensión que garantice, cuando menos, el mínimo vital en las tres contingencias a largo plazo (invalidez, vejez y sobrevivientes) se encuentra dentro los derechos humanos sin otra consideración o restricción³⁷. En el segundo, el acceso a una pensión generalizada para la población depende de las posibilidades fácticas (económicas, financieras, administrativas, demográficas, etc.) de cada país y de las condiciones legales de la “concesión”, por parte del Estado, de ese derecho prestacional³⁸.

regulación posterior cuya responsabilidad recae en el legislador [...]. Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto (Corte Constitucional, 1994b).

36 De lo anotado arriba se infiere que los grupos sociales, entre ellos los sindicatos, interesados en la expansión y/o progresión del derecho a la seguridad social tienden a recurrir a definiciones de derecho fundamental en sentido estricto, en tanto que las instituciones u organismos vinculados de algún modo con las políticas gubernamentales sobre seguridad social suelen recurrir a definiciones del tipo derecho social de prestación.

37 Por ejemplo, Rodolfo Arango (2005) llama a un fortalecimiento de la cabida de los derechos sociales fundamentales dentro de la categoría de los derechos humanos.

38 Juan Carlos Cortés González (2009), aduce: “[...] del derecho objetivo [a la seguridad social], normativo y fuente, se desprenden derechos subjetivos, que se concretan a través del reconocimiento de los beneficios de que son titulares los sujetos de protección, en los diferentes subsistemas. Hablamos entonces de derechos de la protección social, materializados en la cobertura que cada subsistema provee a partir de la regulación objetiva. La pensión, la atención en salud, el subsidio de desempleo, las coberturas sociales, se considerarán entonces derechos subjetivos de la protección social reconocidos por las vías de que se trate (procedimientos administrativos, procesos judiciales)” (p. 66).

Hay muchos matices entre el carácter imperativo de la pensión como derecho humano y la pensión como derecho —estimable, aunque no fundamental— objeto de regulación ordinaria. Sin embargo, todas tienen en común el énfasis en la perspectiva jurídica del instituto pensional como derecho económico-social que puede desfigurarlos. Por un lado, la pensión-derecho humano puede terminar convirtiéndose en un recurso retórico de justiciabilidad dudosa y, por otro, la pensión-derecho social de prestación puede resultar siendo amanuense de las definición(es) política(s) sobre la materia.

Pensión-medida asistencial

Es evidente que, en la actualidad, cualquier sistema de seguridad social en pensiones reclama para su materialización la dirección, coordinación, y reglamentación (maximizada o minimizada según la posición) del Estado, una ficción que solo puede actuar por medio de sus agentes, es decir, por un “personal especializado organizado y empleado por dicha ficción, que controla un territorio consolidado y que es reconocida como autónoma e integral por los agentes de otros Estados” (Tilly, 1975, p. 79, citado en Hettne, 1999, p. 218). Esto bajo el entendido, eso sí, de que como organización social politizada satisface unos mínimos de los componentes funcionales (de facticidad) y de legitimación (de validez).

En otras palabras, en los agentes del Estado, en particular en aquellos a los que compete el diseño y la implementación de sus medidas reales de actuación (la Rama Ejecutiva, en términos de la tradición occidental), descansa el desarrollo de cualquier sistema de seguridad social en pensiones. La cuestión en este punto es que los agentes del sector Legislativo y Ejecutivo del Estado obedecen, en términos de *realpolitik*, a una lógica estratégica distinta a la del pacto social-fundacional, constitucionalizado o no, del Estado. De ahí que la definición conceptual de pensión —en ese contexto— hace depender los “referentes normativos” del juego de las transacciones político-económicas. Este fenómeno que se explica: i) por la visión cortoplacista de la actividad político-legislativa ordinaria, más preocupada por alcanzar réditos políticos con medidas “visibles” que por diseñar cambios estructurales de resultados a largo plazo; ii) por el componente económico exógeno que posibilita o no la disponibilidad de los medios necesarios para la materialización de un “derecho” a pensión, y iii) por la imposibilidad legal de armonizar la

justiciabilidad de un derecho de prestación como la pensión con el propio sistema de justicia sin socavar, al mismo tiempo, su propia legitimidad.

Desde la perspectiva política, el instituto pensional es un objeto de negociación entre los grupos de interés que, dadas las relaciones de fuerza entre sectores de la sociedad, tiene como resultado un determinado sistema de seguridad social en pensiones. Por ello, los sistemas ordinarios de pensiones se originan (punto sobre el cual se volverá en el siguiente apartado) y conciben de acuerdo con las características y fuerzas sociales existentes en cada país y con criterios de universalidad o de sectorialidad en cuanto a cobertura de población y a financiamiento fiscal o contributivo directo.

Detrás de estos criterios se encuentra un fuerte componente ideológico-estratégico, porque ya no es dable pensar el Estado en los términos políticos westfalianos (un Estado-una Nación-un orden jurídico) pues, como indica Björn Hettne (1999):

El orden westfaliano implicaba un sistema interestatal constituido por Estados soberanos. Dentro de estos Estados vivían ciudadanos con obligaciones y derechos definidos por la ciudadanía y la lealtad al Estado [...]. Necesariamente, existía una racionalidad política particular subyacente en este sistema, una racionalidad westfaliana que acepta a un Estado en concreto como único garante de la seguridad y bienestar de sus ciudadanos. [Así] la naturaleza idéntica de la seguridad de los ciudadanos y la seguridad del Estado se consideraba como dada. La racionalidad poswestfaliana, por el contrario, implica que el Estado-Nación ha perdido su utilidad histórica y, por tanto, cada vez es más necesario encontrar nuevas soluciones a los problemas de seguridad y bienestar dentro de las estructuras transnacionales. Puede ser correcto insistir en el hecho de que, en realidad, el Estado no ha desaparecido, pero a la vez su capacidad como actor y principio de la soberanía estatal han cambiado de tal forma que han hecho que, en la época actual, el papel del Estado y la ciudadanía sean cualitativamente diferentes al que desempeñaron en la época westfaliana (p. 219).

Las circunstancias anotadas no determinan de suyo una u otra reforma pensional desde la perspectiva política estricta³⁹, ya que, según se infiere de lo dicho,

.....
39 De acuerdo con los análisis de Mesa-Lago (2004) y Bonilla (2001), las reformas en los sistemas de pensiones en América Latina no obedecieron a factores estrictamente económicos o demográficos. En esa región, además de consideraciones sobre las elevadas tasas de inflación, la transnacionalización del capital, la eliminación de barreras al comercio mundial, los cambios en el mercado de trabajo, la tendencia al envejecimiento de la población con sus secuelas de pasividad laboral, ausencia de contribución y mayor gasto social, se presentaron factores político-ideológicos que justificaban desde la ideología neoliberal los ataques al intervencionismo estatal. Con el

los agentes políticos prefieren una noción westfaliana de seguridad que garantice la lealtad política (una noción tipo asistencial) antes que una visión de Estado-mínimo que, frente a los ciudadanos-electores, reduzca a tal punto su importancia como para hacer superflua su labor. Ello explica por qué, desde la perspectiva de los “políticos profesionales”, existe una tensión entre ceder a las pretensiones de cambio recomendadas por la ortodoxia de las “reformas estructurales” (el FMI, el Banco Mundial, la OCDE o sectores económicos gremiales de cada país) y sostener aún la idea de pensión —y de los derechos sociales de prestación en general— como una concesión, asistencia o beneficio del Estado y no como un derecho imperativo y justiciable (como en el caso de cierta perspectiva jurídica) o como un mero servicio que puede proveer el capital (como aduce un sector de una perspectiva económica)⁴⁰.

Es claro que el problema político de los sistemas pensionales oscila entre el intervencionismo de Estado puro (con su correspondiente énfasis en la responsabilidad social, colectiva o solidaria) y la mercantilización-privatización de la previsión social (con su énfasis en la responsabilidad individual-personal). No obstante, en términos de Lawrence Thompson (1998):

transcurrir de los años y con los resultados políticos que acarreó, tales factores han propiciado en varios países la re-reforma de los sistemas de pensiones o la aparición de programas de protección social-asistencial o de transferencia focalizada (como Oportunidades en México, Red de Protección Social en Nicaragua, Familias en Acción en Colombia, Chile Solidario, etc.), cuya implementación demuestran el fracaso de las promesas de “las reformas estructurales” en el caso de la seguridad social. Pablo Villatoro (2005) consultor de la División de Desarrollo Social comentó: “Uno de los dilemas que enfrentan los programas de transferencias es compatibilizar la asistencia con los efectos perversos sobre el empleo que podrían generarse a partir de la entrega de los apoyos monetarios. La experiencia muestra que las transferencias en efectivo pueden generar presiones al alza salarial, desincentivar la búsqueda de empleo, cambiar los patrones de consumo hacia el ocio, elicitando la jubilación anticipada, rigidizar el mercado laboral e incrementar las tasas de desempleo en el mediano y largo plazo, entre otras consecuencias negativas. La ocurrencia de estos efectos —también llamados costos de incentivos negativos o trampas de la pobreza— dependerá de los factores que causan el desempleo, de las características del mercado de trabajo y del diseño de las intervenciones” (p. 5). No obstante, este fenómeno no es exclusivo de países en desarrollo, pues en los países europeos que han anunciado reformas al sistema general de pensiones (España, Francia, Inglaterra y Grecia, entre otros), las protestas sociales han detenido, por ahora, a los actores políticos involucrados en dichos proyectos de reforma, ya que ningún partido político quiere o está en la capacidad de asumir los costos políticos de aumentar la edad de pensión o limitar el régimen universal, por ejemplo.

40 En Colombia el intento de introducir aumentos en la edad de jubilación en el Plan Nacional de Desarrollo del presidente Juan Manuel Santos denota la renuencia de los sectores políticos tradicionales a asumir los “costos políticos” de un debate profundo sobre el tema. A diferencia de la década del noventa, el discurso sobre las “reformas estructurales” (neoliberales) no tiene hoy tan buen recibo después de la debacle de los bienes inmobiliarios en los Estados Unidos. Por tal razón, se prefieren reformas menores que reducen los beneficios, aumentan la edad de jubilación, aumentan las contribuciones o cualquiera de las combinaciones posibles y que pueden “pasar de agache” o tener “costo político” aceptable.

Tanto los partidarios como los críticos de los sistemas tradicionales de pensiones por retención fiscal en la fuente están de acuerdo en que los gobiernos deben exigir a la población en edad laboral que hagan reservas para su jubilación; están, sin embargo, en desacuerdo, sobre los mecanismos más deseables para conseguirlo. El acuerdo en que alguna forma de intervención del Estado es necesaria, demuestra la creencia compartida de que los mercados libres no funcionarían de forma adecuada para dar a todos los ciudadanos una protección financiera idónea durante la jubilación en ausencia de la intervención estatal (pp. 93-94).

La cuestión está en determinar cuál ha de ser la dosis adecuada de Estado para asegurar la salud de un sistema de pensiones en las circunstancias económicas actuales de más de un 80 % de los países del mundo (déficit fiscal, retracción del aparato productivo y de los ingresos fiscales, informalización laboral, etc.). Sin embargo, el asunto no se reduce a saber cuánto del Estado se demanda para un sistema óptimo de pensiones, sino también en cómo evitar que el Estado termine siendo tomado o usado por un grupo de interés determinado. Aunque es apenas obvio que el Estado es terreno de conflicto ideológico entre posiciones alternativas e intereses diversos, no puede ser de recibo la adopción por parte del Estado de una u otra definición de pensión, sea la que sea, para encubrir pretensiones de un grupo (bien sea de sindicatos o gremios económicos) no negociadas.

Pensión-servicio

Debido a que el instituto pensional se caracteriza por ser una prestación monetaria de seguro frente a determinadas contingencias (vejez, invalidez o muerte de la “cabeza de familia”), resulta evidente su cariz económico. Ello no implica, *prima facie*, como consideran algunos expertos de la seguridad social como Martí Bufill (1974), medidas redistributivas de la riqueza. Ello supone que nada justifica una situación racional en la que los más aventajados económicamente elijan subvencionar las prestaciones sociales en su conjunto.

En otras palabras, a diferencia de los seguros:

[...] que sirven para transferir riesgos e indemnizar a los damnificados [por lo cual] son contratos que convienen a todas las partes interesadas; la seguridad social [y en particular en pensiones] en cambio es constitucionalmente [es decir forzadamente] una redistribución de ingresos o de consumos a favor de unos y en perjuicio de otros (Ricossa, 2002, p. 541).

•Introducción•

Redistribución que, para el purismo económico, no se infiere científicamente de los supuestos básicos del modelo clásico de estudio del capital (Smith, Ricardo, etc.), sino de la incorporación unilateral y “acientífica” del Estado (en términos de la doctrina económica keynesiana o poskeynesyana) en la problemática cuestión de la asignación social de los recursos.

Aunque continúa abierta la cuestión sobre la conveniencia o no de la doctrina poskeynesyana o librecambista en política económica, la seguridad social en pensiones es uno de los rubros del gasto social, es decir, forma parte del conjunto de las erogaciones públicas destinadas al financiamiento de servicios sociales básicos⁴¹, los cuales son financiados con tasas impositivas al aparato productivo, al consumo o al trabajo. De acuerdo con esto, el instituto pensional no es conceptualmente inherente a la Ciencia Económica, sino solo en términos de los egresos por el trabajo. De ahí que se encuentre ligado con las retribuciones salariales. Por tal razón, como aclara Ricossa (2002):

En ocasiones se alude al *salario diferido*, para indicar la pensión del trabajador. Modo de hablar impropio en el pasado, cuando la pensión derivaba de un precedente del ahorro del trabajador, invertido para que diera frutos: esos frutos eran ingresos del capital, que debían ser llamados ganancias, y no salario. Hoy la pensión es casi siempre el reparto inmediato de impuestos, tasas, contribuciones sociales, etc., cobrados por la autoridad a los contribuyentes: si el origen de esos fondos incluye algún salario (y en general así es), se trata de los salarios brutos de los trabajadores actuales, no de los pensionados. [De ahí que] es preferible decir que el pensionado recibe una *transferencia* de ingresos de otros, no un salario suyo *diferido*; se entiende que a su vez él, cuando todavía no había llegado a la edad de pensión, contribuía a las pensiones de otros (p. 530).

.....
41 No es lo mismo el gasto social que la política social, pues entre los dos conceptos existe una diferencia de fines a medios. El gasto social es un proyecto político-social acordado explícita o tácitamente en una Constitución, por ejemplo, por medio del cual los asociados determinan objetivos de interés colectivo (salud, vivienda, educación, etc.) para el gasto estatal. En cambio, como anota la Cepal “La política social persigue frenar o mitigar las consecuencias de los problemas sociales, superar la pobreza, disminuir la inequidad y potenciar la cohesión social, procurando con ello alcanzar el goce de los derechos y niveles mínimos de acceso a bienes y servicios en distintos ámbitos: económicos, sociales y culturales. El mecanismo de influencia de la política social de un gobierno es amplio. La política establece las directrices, pero son las organizaciones gubernamentales las encargadas de concretar los lineamientos establecidos, a través de servicios públicos, programas, proyectos y actividades, utilizando para ello las asignaciones presupuestarias que se resumen contablemente en el llamado gasto público social (GPS). Por medio de las cuentas de gasto público social se pueden inferir las preferencias o prioridades del gobierno en el sector social, de acuerdo a sus capacidades de financiamiento y necesidades” (2007, citado en Martínez y Espíndola, 2007, p. 1).

Ya que la Ciencia Económica no puede sustraerse de las condiciones reales del mercado —aun cuando ciertos intentos teóricos así lo hayan pretendido—, existen dos enfoques alternativos con gran variedad de matices desde los cuales aproximarse a las relaciones trabajo-salario y, por ende, salario-prestación pensional.

En el primer enfoque, el salario real es una magnitud determinada socialmente por la confluencia de diversos factores (las relaciones entre las clases sociales, las necesidades mínimas básicas de la población para su subsistencia, las instituciones estatales, su legislación etc.) que, a su vez, aseguran —o han de asegurar— una retribución “justa” para el trabajo en términos de su participación en la ganancia del aparato productivo; de tal suerte, la prestación pensional es o debe ser también una retribución (administrada y coordinada desde el Estado) del capital acumulado que se ha construido con la participación del trabajador y que, de otra manera o sin la intervención estatal, no sería restituida por los “capitalistas”⁴².

En el segundo enfoque, en cambio, el salario real es una magnitud determinada o determinable por factores estrictamente económicos, puesto que se considera el trabajo como un bien transable igual que todos los demás, que se compra y vende en el mercado y, como todos, sujeto a la ley de la oferta y la demanda en el contexto walrasiano del equilibrio general de la competencia. Por ello, el equilibrio del mercado laboral, el que iguala —o igualaría— la demanda y oferta de trabajo, requiere del equilibrio de los factores productivos y de los productos en todos los demás mercados sin la intrusión de elementos distorsivos como el Estado. En ese sentido, la prestación pensional es un factor adicional al trabajo, que bien puede ser ofrecido y transado como servicio-mercancía en relación con el incremento del consumo asegurado por el mercado⁴³.

42 Desde esta perspectiva se ha sugerido que podría adoptarse un mecanismo reparador de las desigualdades en el acceso económico de derechos (como el de pensión), según una variante de la economía de bienestar del teorema de Kaldor-Hicks, que consistiría en que una decisión mediante la cual se afectara por lo menos a una persona, debería ser ejecutada, si es posible y compensar los perjuicios que se causen a los afectados con la ganancia (general) de los favorecidos. Al respecto, puede verse Bernal Pulido (2007).

43 En esta línea de pensamiento, sugería Gary Becker (2002) (premio Nobel de Economía 1992) que “el sistema actuarial, donde cada trabajador aporta a su propio fondo de pensiones de modo que los beneficios que reciba en el futuro dependerán de su propio ahorro, aísla al seguro social de las consideraciones políticas [...] la tendencia mundial hacia la privatización de las diversas funciones gubernamentales hace innecesario que le dedique espacio a las ventajas de introducir la eficacia y la competitividad en el sistema de seguridad social. La clientela puede ser protegida de un riesgo exagerado si se exige que las compañías administradoras de fondos de retiro cuenten

Como se advierte, aunque en términos reales no puede decirse que existan hoy defensores puristas de una u otra posición, el meollo de la divergencia entre los enfoques referidos está en el papel asignado al Estado en la vida económica: para unos (keynesianos, poskeynesianos, neorricardianos, saraffianos, neomarxistas) de importancia fundamental; para los otros (neoclásicos, monetaristas, libremercantilistas, cepalinos), de carácter marginal, cuando no es nocivo.

Hoy no puede afirmarse que un enfoque tenga la supremacía, sino más bien que a la demanda de más o menos Estado le asiste una lógica cíclica. Como advirtiera Sen (2006):

Hubo un tiempo —no muy lejano— en que todos los economistas jóvenes “sabían” en qué aspectos los sistemas de mercado tenían serias limitaciones [los tiempos del keynesianismo]. El rechazo intelectual de los mecanismos de mercado solía llevar a promover métodos diferentes de organizar el mundo (que implicaba a veces una poderosa burocracia y unas cargas fiscales inimaginables) sin examinar seriamente la posibilidad de que las alternativas propuestas entrañaran fallos aún mayores que los que se esperaba que produjeran los mercados [...]. El clima intelectual ha cambiado de manera espectacular en las últimas décadas, y en la actualidad se ha dado la vuelta a la tortilla. Hoy día, normalmente se supone que las virtudes del mecanismo del mercado son tan generales que las matizaciones parecen poco importantes. Da la impresión de que cualquier indicación de los defectos del mecanismo del mercado es, en el clima actual, extrañamente anticuada y contraria a la cultura moderna. Unos prejuicios han dado paso a otras ideas preconcebidas contrarias. La fe irreflexiva de ayer se ha convertido en una herejía hoy (p. 142).

La que en tiempos en los que Sen escribía esas líneas (2000) “era” la superstición, el credo y mito incuestionable (la ortodoxia de las reformas estructurales) se encuentra hoy también amenazada por la “vuelta de la tortilla”. Por eso, no es temerario sostener que si algo amenaza una sana comprensión de la tríada salario-trabajo-pensión es la subsunción a la incertidumbre ideológica de la economía política que, aun con toda su carga de científicidad, en un contexto de retracción del Estado de bienestar y de una creciente desconfianza en la doctrina “neoliberal”, fluctúa entre devaneos e intereses de clase. No es extraño que se recurra,

con suficiente respaldo de capital, y si se limitan las inversiones a ciertas categorías de valores [...]. El objetivo original del seguro social —obligar a las familias a ahorrar para la vejez— debe ser combinado con el moderno desplazamiento de las actividades gubernamentales hacia el sector privado. Tal combinación aportaría un sistema de previsión social eficiente, aislado de las influencias políticas, de la baja tasa de natalidad y de la insuficiencia de fondos para pagar pensiones” (pp. 179-180).

según la conveniencia, a supuestos “científicos” para calificar o descalificar este o aquel sistema pensional⁴⁴. El *Estudio general sobre la protección de la vejez por la seguridad social* recuerda que:

[...] los problemas que hoy en día se plantean para la seguridad social y más particularmente para los sistemas nacionales de pensiones no se deben en modo alguno a la propia naturaleza de la institución, sino que se derivan primordialmente de factores económicos ajenos a ellos y que afectan también a los demás sectores públicos. [Por ello,] el desentendimiento del Estado que preconizan ciertas personas no serviría sino para desplazar los problemas sin llegar a resolverlos. En realidad, la intervención del Estado en este campo de la política social parece más indispensable que en cualquier otro sector, ya que de lo que se trata es [de] prever un equilibrio a largo plazo entre los recursos y los gastos, de manera que, aun habiendo factores coyunturales difíciles, pueda garantizarse la capacidad de las instituciones para asumir el pago de las pensiones. La importancia que tienen los factores coyunturales a que deben hacer frente los sistemas nacionales de pensiones no ha de hacernos perder de vista la extremada vulnerabilidad económica de las personas de edad avanzada para quienes las pensiones constituyen a menudo su único medio de existencia. El garantizar a los pensionistas de hoy día una parte equitativa de lo que contribuyeron a producir otrora, constituye el objeto más elemental de la justicia social. En un gran número de países, ese logro constituye una conquista social que el conjunto de la población considera ya como inalienable. Sin duda alguna, la aplicación de los principios inscritos en los Convenios núms. 102 y 128 en materia de prestaciones de vejez no se han realizado todavía en todos los países. Por ese motivo, la Comisión jamás insistirá lo suficiente en la necesidad para los gobiernos de emplear todos los medios para superar sus dificultades. En estas circunstancias, desea poner de relieve la importancia de que los gobiernos continúen colaborando con la OIT pues no le cabe duda de que, merced a la cooperación técnica, los Estados estarán en mejor posición para estable-

44 La AISS-CISS y la OIT recuerdan que: “Hay quienes esgrimen motivaciones de orden demográfico para justificar un aumento de la edad que da derecho a pensión como medio para reducir los costos de la seguridad social, argumentando que al aumentar la esperanza de vida al mismo tiempo que el nivel de vida, los trabajadores deberían poder permanecer más tiempo en actividad. Empero, toda una serie de consideraciones se oponen a este argumento. La primera de ellas, vinculada con el empleo, es que un aumento general de la edad que da derecho a pensión inevitablemente tendría repercusiones negativas en las oportunidades de empleo de los trabajadores más jóvenes. Además, la elevación de la esperanza de vida no es necesariamente un fenómeno universal; además, es probable que esta elevación no afecte de igual manera dentro de un mismo país a las diferentes categorías de trabajadores. Efectivamente, en algunos países en desarrollo el nivel de esperanza de vida de un trabajador que recién inicia su vida profesional sigue siendo tal que, pese a los progresos que se han realizado, tiene todavía escasas probabilidades de llegar a cumplir la edad que da derecho a pensión. Por otra parte, incluso en los países industrializados se comprueba que hay muchos trabajadores que, antes de cumplir dicha edad, se ven obligados a interrumpir su actividad por razones de salud” (OIT, 1989, p. 133).

cer sus prioridades económicas y para hallar soluciones que permitan brindar a los trabajadores de edad una protección social cada vez más eficaz (OIT, 1989, p. 138).

En dicho marco se insiste entonces: ninguna reforma pensional es ideológicamente neutral, pues todo proceso de transformación ha tenido —y tiene— impulsores y detractores interesados que, en las reformas llevadas a la práctica, encuentran elementos más o menos científicos que ratifican sus convicciones a favor o en contra. Como sugiere un contraste de los trabajos de Bonilla y Conte-Grand (2001), Carmelo Mesa-Lago (2004), Stiglitz y Orszag (1999), Benjamín González (2003) y la Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (2012), no hay un argumento económico último para evaluar de modo objetivo el instituto pensional, porque no hay hegemonía alguna entre los intereses en conflicto.

En resumen, parece que para el sistema financiero y los representantes bancarios los argumentos económicos son solo comodines más o menos adecuados a la ganancia. Como declaró un representante bancario citado por *The Wall Street Journal*: “Nosotros, los banqueros extranjeros, somos partidarios del sistema de libre mercado cuando salimos a obtener dinero, y somos partidarios del Estado cuando lo perdemos” (Roddick, 1990, p. 180). En otras palabras, al capital no le es inherente ninguna doctrina económica respecto del instituto pensional. Tan solo le viene bien la perspectiva económica ortodoxa de la pensión como servicio transable cuando esta sea un nicho de ganancia, pues, en caso contrario, cuando los riesgos —las externalidades, en términos económicos— superen las expectativas de ganancia, el capital estará presto a dejar el problema pensional en manos del sector público.

Bloque de constitucionalidad y antinomia constitucional

Hasta el momento, se considera que la pensión es un derecho subjetivo fundamental condicionable a las posibilidades de optimización y a los intereses de quienes, en últimas, serán los beneficiarios de aquel. De acuerdo con Eusebio Fernández (1992):

[...] la expresión que nos parece más adecuada y que creemos mejor delimita la situación teórica actual de los derechos humanos es derechos fundamentales. Con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de

serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el Derecho y el poder político sin ningún tipo de discriminación [...] es decir, se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones de desarrollo de esa idea de dignidad (p. 78).

Dada la antedicha caracterización, el carácter fundamental de la pensión pertenece a la categoría de persona, en cuanto es de carácter extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Pertenece al bloque de constitucionalidad, puesto que, según la jurisprudencia constitucional sobre la materia, este es “el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes” (Corte Constitucional, 1999a) y admite, por tanto, que en él se incluyan tratados internacionales una vez estos se incorporen a nuestro ordenamiento jurídico, es decir, cuando hayan sido aprobados por el Congreso de la República y superado el control de constitucionalidad que establece el Artículo 241-10 de la Carta Política.

Destaca Uprimny (2002):

El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente un fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales —esto es, con fuerza constitucional— son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales —esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional—. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto, como lo destaca Bidart Campos, es por imperio de la propia Constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido (p. 101).

Cabe aclarar que no todos los tratados internacionales incorporados al ordenamiento pueden ser incluidos en el bloque de constitucionalidad, pues el constituyente introdujo esa prerrogativa solo para aquellos tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, como lo dispone el Artículo 93 de la Carta. Así lo anotó la entonces magistrada (e) Martha Sáchica Méndez, en su aclaración de voto a la Sentencia C-1490 de 2000:

La Carta ha querido que no cualquier tratado internacional se integre al bloque de constitucionalidad. Únicamente aquellos que tienen un contenido específico: reconocer derechos humanos. No es posible asignarle tal naturaleza a cualquier tratado

•Introducción•

internacional que regule un tema que se relacione con los derechos. Los derechos humanos no pueden ser adscritos a cualquier tema o a cualquier tratamiento. Existen elementos claros que permiten que se califique el contenido de un cuerpo normativo como reconocedor de derechos humanos. Básicamente, que se trate de normas con estructura abierta y, particularmente, con estructura de principio. No es posible [por tanto] calificar de tratado sobre derechos humanos a uno que regule los derechos morales y patrimoniales de autor y conexos, etc. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2000).

Parecería que las normas internacionales relativas a la libertad sindical y a la negociación colectiva sortean el examen de norma con estructura abierta y, en particular, de principio (mandato de optimización). Por ello, sería justificada la pertenencia al bloque constitucional de los Convenios Internacionales del Trabajo 87, 98 y 154, ratificados por Colombia y, como corolario, la posibilidad de negociar incluso las condiciones pensionales que estos consideran. Es más, como el mismo texto constitucional lo señala en sus Artículos 55 inciso 1 y 53 inciso 4:

Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

[...] los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Los Convenios Internacionales del Trabajo 87, 98, y 154, ratificados por Colombia, que abordan la libertad sindical y la negociación colectiva, no restringen ninguna materia de su tratamiento; por ende, está permitida la negociación colectiva en el ámbito pensional e incluso por encima del mínimo establecido en las leyes, máxime si se advierte que el Artículo 93 de la Carta no solo considera la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, sino que además expresa que: “Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

El sentido de la antinomia constitucional

El bloque de constitucionalidad no solo adhiere el orden legal interno al ordenamiento internacional en materia de derechos humanos una vez sorteado el ejercicio soberano de su ratificación, sino que además impone la forma de su interpretación, habida cuenta de que la elucidación de los derechos y deberes conforme a los tratados internacionales es de carácter prevalente. Esto significa que toda prescripción legal interna ha de armonizarse hermenéuticamente con lo dispuesto en el orden internacional.

Sin embargo, el párrafo 2 del Artículo 48 de la misma Carta, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, señala:

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.

Contrastados los textos constitucionales mencionados, parece surgir una antinomia, es decir, la situación en la que se encuentran dos normas y una de ellas obliga mientras la otra prohíbe un mismo comportamiento (Bobbio, 1997); en este caso, la negociación colectiva en materia pensional.

Como un sistema jurídico no puede ser antinómico, puesto que la inconsistencia lógica entre dos proposiciones referidas a una misma situación debe resultar en la falsación de una y, por oposición, la verificación de la otra, dado el principio básico del *tercio excluso* del cálculo de predicados y, por contera, el supuesto básico de seguridad jurídica⁴⁵. Un sistema no puede contener entre sus normas del mismo rango una que prohíba hacer y otra que permita hacer, sin tornarse un sistema lógicamente contradictorio y jurídicamente inseguro.

.....
45 Puede verse Campos (1994); Sanguinetti (2000); Kalinowski (1993).

Viene el caso de considerar los Artículos 55 inciso 1 y 53 inciso 4, antinómicos con el párrafo 2 y transitorio 3 del Artículo 48 de la misma Carta, puesto que es claro que la primera normativa da vía a la negociación colectiva en todas las áreas, con las limitaciones de ley que se refieren a ciertos empleados públicos y bajo ciertas condiciones, mas no hay prohibición en cuanto a materias objeto de negociación colectiva. En cambio, los dos párrafos presentan una negación al derecho de negociación colectiva en el campo de las condiciones pensionales. En otras palabras, parecería que algunas disposiciones del texto constitucional permiten negociar la cláusula convencional, incluso en materia pensional, mientras otras disposiciones prohíben hacerlo.

Sobre este último particular es necesario advertir que no existe solución lógica para resolver una antinomia jurídica distinta a la exclusión de una de las proposiciones en contradicción; no obstante, el problema sugerido aquí rebasa el problema del cálculo de predicados, pues implica considerar hasta dónde va el concepto de bloque de constitucionalidad.

Bloque de constitucionalidad en sentido lato y estricto

La Corte Constitucional (1999a) ha señalado:

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de Derecho Humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional [...]. En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas, y (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”. En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del Derecho Internacional Humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

Por el momento, para el caso de la negociación colectiva, todo indicaba su pertenencia *stricto sensu* al bloque de constitucionalidad, habida cuenta de lo que ha indicado la misma Corporación:

Los convenios internacionales del trabajo y el bloque de constitucionalidad en Colombia

17. De la exposición anterior se puede deducir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna —en armonía con lo establecido en el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se hizo una distinción entre ellos para señalar que algunos pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el Derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

La pregunta que surge de la demanda y de las intervenciones es la de si todos los convenios internacionales del trabajo deben considerarse automáticamente incorporados no solo a la legislación interna sino, además, al bloque de constitucionalidad,

•Introducción•

sin ningún tipo de distinción o de sustentación. En este proceso se han planteado varias posiciones al respecto que inciden en las tesis del demandante y de los intervinientes sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expresión acusada “los convenios”.

La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto [...].

Ello sugiere que para establecer cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad es necesario que la Corte proceda a decidirlo de manera específica, caso por caso, tal como lo ha venido haciendo en las sentencias anteriormente citadas.

18. Desde la perspectiva mencionada, la Corte comparte el concepto expuesto por varios intervinientes acerca de que *algunos convenios internacionales del trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad. Estos convenios son los que la Corte ha indicado o señale en el futuro.*

19. Así, pues, 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.*

A la Corte también le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (C.P., art. 93, inciso 1). Así lo hizo, como ya se vio, en la sentencia C-170 de 2004, en relación con los convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil.

20. En conclusión, es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido “debidamente ratificados” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” (C.P., art. 53, inciso cuarto) —es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el Derecho interno— no

todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (C.P., art. 93, inciso 2), en razón a que son un 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). Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (C.P., art. 93, inciso 1), como también lo ha realizado en sentencias anteriores (cursivas propias) (Corte Constitucional, 2005).

Dadas las anotaciones anteriores, los Convenios internacionales que estricto sentido integran el bloque de constitucionalidad prevalecen en el orden interno, en tanto prohíben la limitación de un derecho humano durante los estados de excepción y, en consecuencia, forman parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia, mientras los convenios conforman el bloque de constitucionalidad en sentido lato y “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)” (Corte Constitucional, 2000a).

Deberá ahora verificarse si los tratados que en materia de negociación colectiva regulan o no la materia de derechos humanos o prohíben su limitación en estados de excepción, pues de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 93 de la CP, solo así podría aceptarse que los mismos pertenecen al bloque de constitucionalidad.

Negociación colectiva y bloque de constitucionalidad. Finalidad y objeto de la investigación

En el contexto de la dubitatibilidad conceptual señalada, está justificado que este trabajo analice teórica, jurisprudencial y legalmente los fundamentos

convencionales de la negociación colectiva del actual sistema de seguridad social en pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y el Acto Legislativo 1 de 2005, entre otros.

No obstante, su pertinencia no termina en la mera glosa, porque su objetivo radica en demostrar, desde un enfoque teórico, jurisprudencial y doctrinal, que los trabajadores colombianos sindicalizados no han perdido su poder de negociación frente a la posibilidad de pensionarse, con sustento en la cláusula convencional (este derecho fundamental forma parte del bloque constitucional colombiano), pese a las medidas nugatorias contenidas en la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Ello demanda: primero, determinar la legalidad y efectividad del régimen pensional de las convenciones colectivas de trabajo en Colombia tras el advenimiento de la Ley 100 de 1993; segundo, justificar la validez jurídica del acuerdo convencional en pensiones aun en el esquema de seguridad social actual; tercero, exponer cómo la progresividad de los derechos económicos y sociales, reconocidos por Colombia, resultan afectados por las medidas jurídica y económicamente regresivas en torno al problema pensional; cuarto, revelar el potencial progresivo de la implementación de la cláusula convencional en una política pública adecuada en materia de pensiones.

Para alcanzar los objetivos anotados es necesario profundizar en el marco teórico que se integra y que se construye a lo largo de todo el estudio con los enfoques teóricos, estudios y antecedentes que se refieren a la seguridad social y a las pensiones.

Se presenta un recorrido por el origen, el fundamento y la clasificación del instituto pensional, acompañado de una reflexión sobre la organización sindical en Colombia y sobre la normatividad, la jurisprudencia acerca del instituto pensional y el bloque de constitucionalidad y varios pronunciamientos doctrinales producidos antes y después de la expedición de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, con los que se cercenó el derecho de los trabajadores sindicalizados a negociar el tema pensional.

Dicho marco no surgió de la estocástica, puesto que el sistema de seguridad social implementado con la Ley 100 de 1993 partía del supuesto de que, para el caso de pensiones, el anterior régimen, fundado sobre la separación de los sectores público y privado, profundizaba la inequidad e ineficiencia de todo el “sistema”. Se consideraba que las cargas pensionales del sector público eran la causa

del déficit fiscal, mientras las del privado frenaban su desarrollo y, por tanto, el crecimiento macroeconómico. Al tiempo, dada la pluralidad de regímenes, impedía el desarrollo de los mandatos constitucionales referidos a la universalización de la seguridad social.

El antiguo régimen pensional estaba separado así: en lo concerniente al sector público, la Ley 33 de 1985 regulaba todo lo relacionado con su régimen pensional, el cual señalaba como requisitos 1.000 semanas de cotización y 50 años de edad, si se trataba del género femenino y 55 años y 1.000 semanas para el género masculino, siempre y cuando para el 29 de enero de 1985 se contara con quince años de servicio. Para el sector privado, el Decreto 758 de 1990 reglamentario del Acuerdo 049 de febrero de 1990 preveía que los requisitos de pensión para los trabajadores del servicio del sector privado eran 1.000 semanas de cotización y 55 años de edad para el género femenino y 1.000 semanas de cotización y 60 de edad para el masculino.

Además, si se trataba de un trabajador que hubiera servido tanto al sector privado como al público, la normatividad aplicable era la Ley 71 de 1988, denominada “Pensión por aportes”, que exigía 1.000 semanas cotizadas y 60 años de edad para ambos géneros. Estos sistemas legales pensionales no eran los únicos, pues no pocos grupos de trabajadores formales (no necesariamente sindicalizados) ostentaban un régimen especial de pensión, por ejemplo, el régimen de docentes, el régimen de Ecopetrol, el del Congreso de la República o el de los afiliados a Caprecom (funcionarios de Adpostal, telecomunicaciones y energía), que obtenían su derecho a pensión con veinte años de servicio y a cualquier edad.

Las razones por las cuales existía tal diversidad normativa en materia pensional se consideraran más adelante; por el momento, basta retener que, con todo y la pobre cobertura del antiguo esquema, los trabajadores que cotizaban en él tenían una posibilidad muchísimo mayor de obtener una pensión que la que hoy brinda el sistema, aun con un mayor número de cotizantes. En ese sentido, el primitivo paternalismo y el welfare State de aquellas épocas estaba más próximo a materializar “derechos fundamentales de prestación” como la pensión que el actual Estado social de Derecho⁴⁶.

.....
46 Manuel García-Pelayo (1991) señala que un Estado social de Derecho se caracteriza: i) por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la

Al expedir el sistema de seguridad social, consignado en la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República pretendió unificar los requisitos para obtener la pensión sin clasificar trabajadores públicos y privados y, con ello, ampliar la cobertura y cumplir el mandato constitucional de universalizar este derecho. Dicho objetivo se garantizaría, aduce la Ley, al introducir sistemas pensionales: uno denominado “régimen de prima media”, en el que las cotizaciones ingresarían a un fondo común de naturaleza pública, que exige requisitos específicos y reconoce una prestación definida en términos de porcentaje⁴⁷. Otro, denominado “régimen de ahorro individual”, que no prevé en su esencia unos requisitos de edad y tiempos de servicio, sino la reunión de un capital mínimo en una cuenta de ahorro individual para disfrutar de una pensión que dependería de una administradora privada de fondos pensionales.

Dado el contexto, se advierte que el presente trabajo está enmarcado en las disposiciones legales, pero también —y esencialmente— en las teorías que animan tal sistema o lo contradicen, en atención a los principios y derechos constitucionales, en particular el derecho de negociación colectiva. Este último se ha visto vulnerado por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo párrafo transitorio señala:

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.

Es evidente que el mencionado Acto es un punto de inflexión en la normatividad respecto a la seguridad social, el cual se debe a una agenda política. Se

satisfacción de aquellas necesidades vitales que no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; iii) por la concepción del estatus de ciudadanía, no solo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales; iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos, y v) por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales.

47 Esta régimen se reconstruiría tomando en consideración el promedio de los ingresos base de cotización hecha por el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si fuera inferior. El administrador por excelencia de este régimen sería el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) en cabeza del Estado y los requisitos para obtener la pensión serían una edad de 57 años para el género femenino y 60 para el masculino, con una proyección de 1.300 semanas cotizadas a 2015.

entiende por tal un conjunto de planes de acción de políticas públicas focalizadas, que parece mostrar contradicciones y violaciones a los derechos fundamentales de negociación colectiva y dignidad humana, en un marco donde habrían de primar la favorabilidad, la igualdad y la garantía por parte del Estado social de Derecho. Este se basa en los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia, que se encuentran en los Convenios 87, 98 y 154 y aluden a la libertad sindical y a la negociación colectiva que forman parte del bloque de constitucionalidad. Por tal razón, la entrada en vigencia del Acto Legislativo supone incurrir en una antinomia constitucional, pues las normas internacionales forman parte de la legislación interna (de acuerdo con el inciso 4 del Artículo 53 de la Constitución), pero resultan inaplicables y factualmente derogadas según el párrafo transcrito del mismo Acto.

Como las modificaciones en el sistema de seguridad social se hallan determinadas por factores consustanciales del crecimiento macroeconómico y, por ende, a la política de Estado, es incuestionable que en los últimos decenios dicha agenda política ha sido dictada por el modelo neoliberal. Consuelo Ahumada (1998) sostiene que “la idea de que el sector público es ineficiente *per se*, en tanto el sector privado es exactamente lo contrario” (p. 126), razón que justifica en teoría la política de privatizaciones y la llamada desregulación de la actividad económica (productiva, laboral, etc.). Esta no es otra cosa que la venta por parte del Estado de activos antiguamente considerados estratégicos (electrificadoras, industrias de transporte, de materias primas, etc.) y la reducción en las cargas tributarias, en los costos de transacción y en la mano de obra de los potenciales inversores; en suma, en la eliminación de todas aquellas externalidades —incluida la de las pensiones— que afectan el libre desenvolvimiento del capital en el mundo.

Como Peter Evans (2007) lo ha retratado, esa eliminación de externalidades obedece a una lógica de la globalización, consecuente con el Consenso de Washington y sus características programáticas: la disciplina fiscal, el control de la inflación, la apertura de las economías nacionales al mercado mundial, la reducción del gasto público y todas aquellas otras medidas que desarrollan la tesis del Estado mínimo. Tales medidas son defendidas, exportadas y controladas por varios organismos multilaterales: el FMI, la OMC y el GATT, entre otros (Evans,

2007)⁴⁸, que se encargan de cabildear las medidas jurídicas necesarias en cada uno de los países encausados, bajo la amenaza de la desfinanciación externa y el subsecuente déficit interno de legitimidad.

Ahora bien, pese a que esta situación está mucho más allá de las miras que persigue este estudio, no es posible soslayar el elemento económico internacional en el momento de considerar el caso pensional colombiano, puesto que es imposible hablar de una política pública laboral que no esté enmarcada en una política económica de Estado. A su vez, es inevitable referirse a una política económica del tercer mundo —en particular, de Colombia— que no resulte de la influencia internacional, con especial acento después de la década del ochenta (Stallings, 1998). Desde esa década se ejerció una gran presión en países como Colombia para que, como terminaron diciendo los presidentes Virgilio Barco y César Gaviria, la industria nacional se reorientara con vistas a incrementar la productividad y asegurar un mejor margen de competitividad internacional.

Las políticas de reajuste económico han traído aparejados para los trabajadores colombianos un significativo cambio de sus expectativas de obtener una pensión para la vejez. Esto se debe a que, de un tiempo acá, ha hecho carrera la tesis de que la inserción de Colombia en el mercado global pasa por reconocer que los activos que hacen competitiva la economía colombiana son, por una parte, las materias primas (en especial, minerales) y, por otra, la abundante mano de obra. Empero, para igualar los costos internacionales (por ejemplo, de Bangladesh, Indonesia, Tailandia, etc.), esta última requería “un reajuste estructural, orientado a adaptar los principios laborales a la realidad contemporánea y hacer más flexible el régimen laboral” (Ley 50 de 1990, exposición de motivos, citado en Ahumada, 1998, p. 220).

Tal flexibilidad, palabras más, palabras menos, significó el abaratamiento de los costos, uno de los cuales remitía a los aportes para pensión, parafiscales, etc. y la entrada del capital privado en el atractivo negocio de la administración de

.....
48 Por otro lado, se conoce como Consenso de Washington a la formulación, original de John Williamson, en noviembre de 1989 que fue elaborado como documento de trabajo para una conferencia organizada por el Institute for International Economics. Incluía una lista de diez políticas económicas pensadas para los países de América Latina que se resumían en: i) disciplina fiscal; ii) reordenamiento de las prioridades del gasto público; iii) reforma impositiva; iv) liberalización de las tasas de interés; v) una tasa de cambio competitiva; vi) liberalización del comercio internacional (trade liberalization); vii) liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas; viii) privatización; ix) desregulación, y x) respeto absoluto de los derechos de propiedad (Williamson, 1990).

los recursos pensionales. El primer objetivo se ha venido desarrollando con la puesta en práctica de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 789 de 2002 —paradójicamente, impulsadas en ambas ocasiones, aunque en cargos distintos, por Álvaro Uribe Vélez—, que se supone abaratan los costos de mano de obra con miras a aumentar el empleo. El otro objetivo se desarrolló con la implementación de la Ley 100 de 1993, la cual se presentó como un modelo de optimización de las rentas individuales y de unificación de los requisitos legales para la obtención de la pensión, pues en dicho modelo desaparecía casi por completo la diferencia entre empleados públicos y privados.

Con la mencionada Ley 100 —cuyo ponente en el Senado fue también Álvaro Uribe Vélez— el sistema de pensiones colombiano se tornó bicéfalo, situación por demás inédita en el contexto internacional, porque dividió los sistemas de seguridad social en esta materia: el de prima media (de administración pública bajo el ISS, hoy Colpensiones) y el de capitalización individual (de administración privada por fondos privados: Porvenir, Protección, Colfondos, etc., todos del sistema financiero)⁴⁹ y, en teoría, los puso, en igualdad de condiciones en cuanto a la captación de cotizantes (como se pormenorizará en el Capítulo 3). No obstante, el régimen público venía padeciendo de varios problemas estructurales que le impedían partir en igualdad de condiciones.

Por una parte, recuerda Consuelo Ahumada (1998):

[...] en 1973, mediante el decreto 1935, el gobierno central se liberó a sí mismo de la obligación legal de contribuir con el 25 por ciento del presupuesto del ISS, tal y como se estipuló en la creación de la entidad, y rehusó pagar una deuda acumulada que hasta ese año ascendía a 9.000 millones de pesos (p. 239).

49 El dinero de la pensión es el ahorro más importante de la economía de un país, por lo que resulta funesto entregarlo a un mercado altamente monopolizado en el que cinco fondos controlan este ahorro: Protección, Skandia, CitiColfondos, ING Pensiones y Cesantías y BBVA Horizonte. Además de disfrutar de los beneficios de un oligopolio, estos niegan el reconocimiento de pensiones a personas que han cumplido con los requisitos establecidos por la ley y argumentan inconsistencias en la fecha de nacimiento, cédulas viejas o la inexistencia de la empresa en donde laboró el solicitante. Como señala Óscar Rodríguez, investigador del CID de la Universidad Nacional, “durante el primer semestre del 2010, el Instituto de Seguros Sociales (ISS) recibió 112.718 solicitudes de pensión, aprobó 37.970 y negó 52.490, mientras que los fondos privados aprobaron 36.466 y rechazaron 44.450 solicitudes. Esto significa que, por cada tres personas que logran una pensión, el ISS rechaza cuatro. En los fondos, por cada cuatro que la obtienen se la niegan a cinco” (Rodríguez Salazar, 2010).

Por otra parte, el sistema público anterior a la reforma de la Ley 100 no aumentó las cotizaciones, lo que ocasionó un agotamiento de liquidez y de reservas y, por lo mismo, un déficit del músculo financiero para la inversión.

Por los inconvenientes mencionados, no es de extrañar que en Colombia la relación cotizante-beneficiario en el sistema pensional haya cambiado tanto en los últimos años. Anota la CUT (Central Unitaria de Trabajadores, 2004):

En 1995 le cotizaban al Seguro Social, 3.12 millones de Colombianos y había 313 mil pensionados; para el 2003 los pensionados aumentaron en 280 mil, en tanto los cotizantes disminuyeron en más de un millón. Así se pasó de 9.95 a 3.72 la relación de aportantes por cada pensionado, cuando el Seguro se diseñó para funcionar con una relación de ocho a uno, porque se concibió para que los aportes de los trabajadores contribuyan con el pago de los que ya se pensionaron, lo que se conoce como Solidaridad Intergeneracional. Entonces, la Ley 100 significó que el Estado se quedó con los pensionados y los Fondos Privados con los cotizantes, y unos ingresos que antes eran recaudados por el Estado y que éste administraba para garantizar su preservación, su adecuado uso y el mantenimiento de su valor real, pasó a manejarlos el sector privado (AFP) que los invierte en papeles del Estado, obtiene una alta rentabilidad y no debe erogar prácticamente ningún gasto en los próximos 20 años (p. 1).

En términos exactos, la práctica expuesta sirve a un doble propósito de la política económica: por un lado, satisface los lineamientos “desarrollistas” del ajuste económico y, por otro, suple el déficit público⁵⁰, ya que, para asegurar su rentabilidad, los dineros recaudados por los fondos se destinan a hacer inversiones en el mercado financiero y no en el real. Por ejemplo, desde 2002, los fondos invierten “sus” rentas a razón de 50 % en títulos de deuda pública, 20 % en instituciones financieras nacionales, 28 % en papeles financieros y moneda extranjera y 2 % en el sector real de la economía (Central Unitaria de Trabajadores, 2004); de allí que sea tan difícil reversar las medidas que aseguran la protección de la inversión privada y sus incentivos —laborales, tributarios, etc.— desde el sector público.

50 Según David Roll (2001), “Colombia, al igual que muchos países latinoamericanos, se guio por el modelo de desarrollo económico, que al cabo de los años demostró no ser la panacea contra la pobreza que habían augurado los más optimistas[...] el éxito alcanzado se expresó en una importante base industrial. Esta, sin embargo, fue perdiendo fuerza expansiva, debido a la estrechez de los mercados domésticos y a su aislamiento de la dinámica tecnológica mundial” (p. 457), lo que explica la justificación liberacionista neoliberal y aperturista. Además de asegurar mercados para la materia prima de los países del tercer mundo, los réditos obtenidos por la venta de activos estatales o la administración de las, allende públicas, cesantías y pensiones, el Estado garantiza la legitimidad que no podría obtener de otro modo debido a un déficit fiscal rampante.

Semejante situación satisface los lineamientos macroeconómicos que los organismos multilaterales (FMI, BM, BID, etc.) exigen para avalar el buen funcionamiento de una economía nacional —control de la inflación, reducción del déficit fiscal, reducción de las intervenciones económicas del Estado, etc.— y beneficia al Ejecutivo de turno porque le provee unos recursos —para el gasto social o de infraestructura— que, de otro modo, no se podrían obtener a corto plazo. No obstante, para los cotizantes y para el sistema pensional general a largo plazo, el funcionamiento de dicho sistema resulta de alto riesgo. Para los cotizantes porque, como indica Óscar Rodríguez (2010), profesor del Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional (CID), “se conoce cuánto se aporta, pero se desconoce el nivel pensional que se tendrá, una vez se cumpla con los requisitos de edad y el número de semanas cotizadas” (p. 1). Para el sistema general de pensiones porque, a largo plazo, se socializan las pérdidas —el Estado tendrá que asumir, mediante subsidios financiados por tributos, el costo de una población envejecida que no consiguió pensionarse— y se privatizan las ganancias.

Así las cosas, aunque en Colombia la afiliación al régimen de pensiones es obligatoria para todo aquel que tenga un contrato (una “relación laboral de sujeción”) o que trabaje de forma independiente (habida cuenta de la famosa PILA, como se analizará en el Capítulo 2), ello no significa que el sistema esté en posibilidades de defender a los trabajadores en su derecho. Más aún cuando los cambios en la composición del empleo (el país tiene cerca de un 60 % de trabajadores en la informalidad y un número considerable de personas contratadas por orden de servicio, OPS)⁵¹ involucran que, de no aumentarse el número de empleados formales que cotizan al sistema a mediano plazo, este continuará siendo deficitario y, más importante, estructuralmente inequitativo. De acuerdo con el profesor Gilberto Barón (2010), el sistema “padece de unas condiciones en que el número de cotizantes disminuye, por causa de la informalidad, y las esperanzas de pensión son cada vez más remotas aun estando en la formalidad”⁵² (p. 1).

.....
51 El Artículo 18 de la Ley 50 de 1990 había introducido por primera vez en la legislación colombiana la figura del “salario integral”, es decir, el salario que cubría las prestaciones ordinarias y extraordinarias por adelantado, mas con la figura de las OPS —desarrolladas reglamentariamente con posterioridad a dicha ley— los propios empleados asumen el pago de su seguridad social.

52 “[...] mientras en 1999 eran de 1,4 como porcentaje del Producto Interno Bruto, PIB; en el 2005 eran de 0,96 % y en el 2007 de 0,89 %, con una reducción progresiva [...] si una persona cotiza 35 años continuos, sobre un salario

Con base en los elementos económicos apuntados —sistema de política macroeconómica, sistema de seguridad social, política pública laboral y, por corolario, la situación de las pensiones en el país—, pareciera que el problema pensional en Colombia es más un asunto de economistas que de juristas, máxime si se tiene en cuenta que la satisfacción material de un derecho no puede llevarse a cabo si implica socavar la estabilidad del fisco y, con ello, sacrificar la materialización de otros derechos. Por lo regular, esta paradoja que se aduce desde el sector gubernamental encargado de la política económica, para trocar el derecho fundamental a la seguridad social de principio universalmente optimizable a necesidad básica insatisfecha⁵³ o, peor aún, de “derecho imperativo”, según el Artículo 48 constitucional, a “posibilidad subjetiva” (solo accede al derecho quien tuvo los medios económicos para alcanzarlo) que, según los lineamientos del programa de reajuste económico, requiere en ciertos casos de medidas asistencialistas estratificadas por parte del Estado, para conservar un mínimo de legitimidad jurídica y no pagar el costo político del reconocimiento de la imposibilidad de su satisfacción. En tal salida no creen ni los estudios del Banco de la República (Castro, León, Reveiz y Piraquive, 2009), ya que:

[...] de repetirse el buen comportamiento pasado de los retornos de los fondos de pensiones —lo cual es poco probable, dado que la caída en la inflación y el exceso de liquidez global son eventos cuya reaparición es más bien incierta—, los resultados

mínimo, tendría un ahorro equivalente a 168 salarios mínimos. Teniendo en cuenta que para obtener una pensión debería contarse con un ahorro mínimo de 214 salarios mínimos, el panorama no es alentador, pues no se alcanzaría a lograr el derecho a pensionarse sobre el monto proyectado. Si hay continuidad, tal vez, se podría lograr una pensión por debajo del mínimo [...] la generación actual está haciendo un doble esfuerzo, porque está ayudando a pagar las pensiones de personas que antes no cotizaron y está construyendo sus propias pensiones. Desde el año 2004 las reservas del sistema público se agotaron y éste se encuentra funcionando a déficit. Las pensiones actuales se están pagando con los aportes de los cotizantes de hoy y las diferencias se están cubriendo con el presupuesto general” (Barón, 2010, p. 1).

53 Robert Alexy (1997) define ciertos derechos de prestación como principios, es decir, como mandatos de optimización que ordenan que algo se ejecute con prioridad en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta tesis ha sido acogida por las más altas Cortes nacionales. La Corte Suprema de Justicia (2007) sentó que “los principios [...] proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción”. El reconocimiento de las necesidades básicas insatisfechas es el reconocimiento, por parte del Estado, de una situación o estado de cosas inconstitucional —en términos de la Corte Constitucional— que remiten a la solución de problemas de financiación; ello implica que, aun con reconocimiento del déficit en la satisfacción de derechos fundamentales de prestación, su solución no es prioritaria, sino subordinada.

señalan la incapacidad del sistema actual para garantizar un nivel de vida digno a la población que ya no estará en edad de trabajar. Lo anterior podría llevar a pensar en flexibilizar las condiciones para hacer uso de la GPM⁵⁴, dado que con los parámetros actuales una parte muy reducida de la población podrá hacer uso de la misma; no obstante, se deberá también considerar el potencial impacto fiscal de tal medida [...] si las condiciones actuales del mercado laboral se mantienen y los mecanismos creados para ampliar la cobertura pensional no son efectivos, desde un escenario particularmente optimista más de un 50 % de la población llegará a niveles inferiores a los necesarios para obtener una pensión mínima. Esto tendrá un fuerte impacto social y fiscal en el mediano y largo plazos. Con respecto a los interrogantes B. y C. [B: ¿El sistema de capitalización tiene la capacidad de generar adecuados retornos para los futuros pensionados?, y C: con esta estructura pensional, ¿se garantiza que los trabajadores lograrán llegar a una pensión que les permita tener condiciones dignas de vida?], en consideración a la literatura previamente presentada, los autores concluyen que:

- El sistema de capitalización no tiene la capacidad de generar adecuados retornos para los futuros pensionados, y
- Con la estructura pensional actual no se garantiza que la gran mayoría de los trabajadores logren llegar a una pensión que permita tener condiciones dignas de vida (p. 27).

Sin embargo, no puede olvidarse que los dineros fruto del recaudo pensional no son un activo del que pueda apropiarse el fisco ni las entidades financieras, pues estos constituyen un derecho-ahorro de todo ciudadano, inherente a la dignidad que se le debe en cuanto persona, más aún de quien ha llegado a la vejez y no ha contado con los beneficios de una vida laboral formal y, por ende, carece de los medios necesarios para valerse por sí mismo. La cuestión, entonces, remite a un problema fundamental acerca de quienes han de ser la punta de lanza en la defensa de los derechos de los trabajadores colombianos, esto es, de las asociaciones sindicales: el problema de si los trabajadores colombianos sindicalizados pueden

54 Se pensaba que el Estado colombiano no debía subsidiar al sistema pensional (SP) de la Ley 100 de 1993, porque existían los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP) y del Fondo de pensión mínima. En conjunto, estos fondos buscaban favorecer a personas con altas densidades de cotización, pero con bajos salarios; a grupos de la población que, por sus condiciones socioeconómicas, no podían acceder a la seguridad social; a quienes quizá no alcanzarán a acumular el capital suficiente para llegar a la pensión mínima (un salario mínimo legal vigente) y tendrán que recurrir a la garantía de pensión mínima (GPM). Para mayor información sobre definición, requisitos y objetivos, puede verse la Ley 100 de 1993 (arts. 20, 25-30) y la Ley 797 de 2003. Ley 100 de 1993, artículo 35 y Ley 797 de 2003, artículo 14. Los costos fiscales de la GPM son desarrollados por Silva (2003).

todavía negociar su posibilidad de pensionarse con sustento en la cláusula convencional, pese a las medidas legales (la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005) que parecen contradecirlo.

Alternativa a la antinomia constitucional. Hipótesis central de la investigación

El instituto pensional, en cuanto derecho fundamental, es un proyecto progresivo de satisfacción universal por parte de los Estados; una obligación en el sentido que su materialización debe tener lugar “en la mayor medida posible” en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas. La pensión es un derecho fundamental condicionado no solo por la disponibilidad de recursos para su satisfacción, sino además —para la mayoría de sistemas de pensiones occidentales no universales— por su categorización caso a caso, si dicha categorización resulta de la aplicación de la técnica de ponderación (*balancing*) por parte de los organismos jurisdiccionales correspondientes. Según Alexy (1997), esto supone que, dadas las tres exigencias básicas para su desarrollo (idoneidad, necesidad y proporción), la demanda de derechos fundamentales de prestación ha de concederse siempre y cuando haya una “fundamentación acertada” (p. 89) de tales decisiones, puesto que no transgreden el “contenido de los [restantes] derechos fundamentales” (p. 111).

Así las cosas, aquí se procurará verificar la hipótesis de que los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva tienen rango iusfundamental y son derechos fundamentales pertenecientes al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y no por derivación alguna, razón por la cual son de carácter extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Son derechos que, incorporados al bloque de constitucionalidad, demandan su justiciabilidad en el particular de la seguridad social en materia pensional, en especial cuando no es posible alegar la regla fiscal como un argumento nugatorio de los resultados de cualquier negociación obrero-patronal y de la propia negociación. Todo esto dado que la negociación colectiva no es óbice para el funcionamiento del sistema general de pensiones, ya que quienes sufragan las pensiones son los empleados y los empleadores, no el sistema general, sin contar el régimen subsidiado y los BEP⁵⁵.

.....
55 Recientemente, el Gobierno presentó el sistema de beneficios económicos periódicos (BEP), un esquema de ahorro voluntario para que quienes devengan menos de un salario mínimo puedan tener un ingreso en su vejez. Juan Carlos Guataquí, economista y profesor de la Universidad del Rosario, expresó al programa UN Análisis de

Los resultados de una revalorización constitucional de la negociación colectiva pueden alentar fórmulas de solución al problema de la optimización del derecho fundamental a la seguridad social de todos los colombianos. Como ya se planteó, este trabajo busca desarrollar la tesis de que las cláusulas colectivas convencionales en materia de pensiones gozan de la suficiente validez jurídica como para que no sean desconocidas legalmente, en tanto emanación constitucional de los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a la seguridad social y, por ello, los trabajadores colombianos no han perdido su poder de negociación frente a la posibilidad de pensionarse con sustento en dicha cláusula. Esta respalda la hipótesis de que en el estudio y la proyección de medidas adecuadas a la problemática del sistema pensional, tanto el exceso de Estado como el exceso de mercado conducen a consecuencias negativas semejantes (distorciones en equidad, cobertura, eficiencia, etc.) que pueden ser contenidas

UN Radio: “[...] esta iniciativa apunta a un problema estructural del mercado laboral colombiano, y es el hecho de que la gente no tiene mecanismos formales para financiar su etapa de retiro”. Para acceder al beneficio, la gente deberá ahorrar. Pero su aporte será reforzado con un subsidio estatal de 20 % de lo acumulado por el trabajador más los rendimientos que se causen. Esto permitirá que una persona que se retire del mercado laboral reciba una mesada no superior a un 85 % de salario mínimo por el resto de su vida cuando cumpla los 65 años. Sin embargo, Guataquí precisó que hay varios factores que no permiten ahorrar: “[...] la precariedad de los ingresos y el hecho de que la gente no ve en los mecanismos pensionales una herramienta financiera que realmente amerite incluir los recursos”. Un 63 % de los ocupados declara no ahorrar para su vejez. Sobre ese aspecto, Iván Chinchilla, asesor de la rectoría de la UN para el asunto pensional, aseguró: “Hay falta de cultura, incluso en los sectores de ingresos altos. La idea que se tiene sobre esas cotizaciones es que esa plata se pierde. Las estadísticas nos muestran que un 75 % no tienen pensiones y que ganan más unos que otros, es inequitativo”. Los académicos señalaron que es necesario saber quién está representando a las personas de bajos recursos, así como buscar políticas redistributivas. “Actualmente hay dos opciones: tener una pensión o no tener nada. El BEP es una posibilidad intermedia dirigida a quienes no pueden ingresar al sistema debido a que sus ingresos no se los permiten porque son inferiores a un salario mínimo”, puntualizó Chinchilla. Al respecto, Héctor Vásquez, coordinador del Área de Investigación Sindical de la Escuela Nacional Sindical, indicó: “Tenemos muchas dudas sobre los resultados, porque el Gobierno no ha aclarado a qué tenemos derecho, si podemos ahorrar y por cuántas semanas. Se debe motivar el sacrificio, ya que la prioridad está en la comida y la salud; de lo que queda puede invertirse en pensión, pero solo si hay garantías”. Los BEP ya fueron creados institucionalmente en la Constitución y el presidente Juan Manuel Santos dio a conocer el Conpes Social en donde está el diseño para su aplicación. Mauricio Olivera, viceministro de Empleo y Pensiones, explicó: “Se trata de un mecanismo de ahorro flexible para la vejez, autónomo e independiente del sistema de pensiones. En este la persona va a poder ahorrar cuando, como y en el momento en que pueda tener unas semanas acumuladas. Por cada peso que se ahorre, el Estado va a dar 20 centavos más. Es un subsidio para enganchar a las personas”. Por su parte, Mauricio Ospina, senador del Polo Democrático Alternativo, dijo: “[...] estamos muy preocupados porque en esto del BEP vamos a permitir que la gente se pensione con menos de un salario mínimo, vamos a volver a abrir el panorama a la captación de dinero porque muchas personas van a querer hacer parte de este nuevo sistema alternativo”. El Gobierno afirmó que hay una serie de microseguros que van a servir de incentivos para la permanencia del ahorro. Estos dependerán del período y serán manejados por Colpensiones. Aun así, la preocupación de los académicos es el control y la administración. Tanto Chinchilla como Guataquí coincidieron en que el empleador podría pagar menos, al pensar que están haciendo un favor a los demás: “[...] esto, mal administrado, pauperizaría más el ingreso de la clase trabajadora” (UNRadio, 2012).

con el contrapeso (de control, elección, decisión) de organizaciones sociales como los sindicatos⁵⁶, las cuales bien pueden considerar las sugerencias de los economistas respecto al modelo de simulación del valor de la pensión de un trabajador en Colombia, esto es:

La primera sugerencia podría consistir en aumentar la tasa de cotización sobre el ingreso, lo cual permitiría alcanzar mayores niveles de ahorro y, de este modo, un aumento en el nivel de las pensiones, pero también podría generar mayores incentivos para aumentar la informalidad y reducir el empleo. Echeverry *et al.* (2001) estiman que por un punto de aumento en impuestos a la nómina, disminuye la generación de empleo entre 0,25 % y 0,35 %. Además, cabe recordar que existen factores institucionales que hacen que los niveles de ahorro no sean los adecuados en un país como Colombia, en donde sólo un 1,5 % de la población ocupada ahorra en un fondo de pensiones voluntario (Silva, 2003). La segunda propuesta consistiría en aumentar los años de cotización para hombres y mujeres (o por lo menos equiparar a las mujeres para disminuir la brecha salarial por género), de modo que serían más los años para que hombres y mujeres acumulasen riqueza para su vejez. Esta propuesta no estaría exenta de detractores y malestar en los trabajadores. Una posible tercera solución al problema consistiría en generar los mecanismos necesarios para aumentar las densidades de cotización. En Colombia se han realizado esfuerzos en los últimos años, como el plan de Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), que no es más que una simple corrección a la falta de controles administrativos del sistema para evitar la evasión de aportes. Una cuarta propuesta es hacer los cambios legales necesarios para permitir pensiones inferiores al SMLV, situación que no sería exclusiva de Colombia; lo cual acabaría la devolución de saldos y, de este modo, se preservaría de mejor manera el objeto del sistema pensional. Por último, también es pertinente aumentar la eficiencia en la administración de los portafolios por parte de las AFP.

.....
56 Recurrir a elementos políticos y económicos en el desarrollo de esta hipótesis no resquebraja el carácter jurídico de esta investigación, pues, como bien anotan Alonso Olea y Tortuero Plaza (1998), "la incardinación del Derecho de la seguridad social en el ordenamiento jurídico, incluido su tratamiento científico por el jurista, es hoy el propio de una disciplina autónoma, pedida por la peculiaridad de sus problemas, por el fundamento internacional y constitucional de su normativa, por lo imponente de ésta y, sobre todo, porque en ella y en su realidad por ella normada aparecen actos y relaciones jurídicas, y sujetos con titularidades singulares para realizar aquellos o ser parte en éstas, no enteramente comprendidos en otros sectores, analizados con la extensión y profundidad que pide lo que hoy es una realidad esencial para la vida en sociedad. Desgajado del Derecho del Trabajo, en donde nació y se desarrolló, por su vinculación inicial con el trabajo por cuenta ajena como sector único protegido, y nunca incorporado al Derecho Administrativo (salvo respecto de los funcionarios), a la vez, por la generalidad de su ámbito y la individualización extremada de las prestaciones que forman su sustancia íntima y entrañable, se viene a parar, se insiste, en el carácter autónomo del Derecho de la Seguridad Social como disciplina jurídica, sin olvidar, es claro, sus conexiones con otras [...] como reflejo doctrinal de que no son estancos los compartimentos del ordenamiento jurídico" (p. 19).

Como se hizo evidente al comparar el resultado de los portafolios agresivo y conservador, la asignación estratégica de activos es fundamental para conseguir mejores resultados para el SP. Es claro que actualmente la regulación no permite que dicha asignación estratégica se haga de manera eficiente, tal como lo han demostrado diversos autores (Jara, 2006; Laserna, 2007; Reveiz et al., 2008). Algo para analizar y solucionar en el futuro es el ya mencionado problema de baja cobertura y baja densidad de los cotizantes del sistema, tanto en ahorro individual como de prima media. Este problema se presenta por los altos niveles de informalidad y distorsiones del mercado laboral, ocasionado a su vez por múltiples factores, entre los cuales se podrían citar la elevada parafiscalidad, la asimetría entre los perfiles de formación de la mano de obra y la demanda del mercado, los problemas de información del mercado laboral, la velocidad de ajuste entre el cambio técnico y el reentrenamiento de la mano de obra, y la baja capacidad que tiene el sistema productivo para ocupar trabajadores con bajos niveles de educación (Castro *et ál.*, 2006, pp. 25-26)⁵⁷.

Por supuesto, muchas de las sugerencias apuntadas por la ortodoxia económica no son de recibo de los trabajadores, mas lo que se discute aquí es que el derecho a la negociación colectiva no se puede suprimir en materia de pensiones, pues sería restringir su alcance. En ese orden de ideas, en el “choque de normas” aludido debe salir adelante la negociación colectiva en pensiones, porque con ello se garantiza que subsista el derecho y no se arrasa como lo pretende el Acto Legislativo 01 de 2005. La Corte Constitucional, en Sentencia C-551 de 2003, señaló:

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.

57 También puede verse Bustamante (2006); Echeverry y otros autores (2001); Jara (2006); Laserna (2007); Reveiz, León, Laserna y Martínez (2008).

Estructura de la investigación

La investigación consta de una introducción, tres capítulos y algunas observaciones que sirven como conclusión. La Introducción busca los términos adecuados al debate. Después de hacer un análisis multirreferencial de los conceptos de seguridad social y pensiones (como derecho fundamental, medida asistencial y servicio), se los relaciona con la categoría de bloque de constitucionalidad, en su sentido lato y estricto. Con ello se enfrenta la antinomia constitucional referente a la justiciabilidad de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en particular, en lo que atañe a que pueda existir negociación colectiva en pensiones después del 31 de julio de 2010 (fecha de finalización de la figura, de acuerdo con los parágrafos del Acto Legislativo 01 de 2005) e incluso que las convenciones colectivas, prorrogadas después de dicha fecha, tienen efecto en materia pensional habida cuenta de los Convenios 87, 98 y 154 que pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

La primera parte es conceptual y descriptiva y aborda por medio de la caracterización de: i) el origen socioeconómico y político del instituto pensional, y ii) las clasificaciones del instituto según su fundamento y objeto, los factores pluridisciplinarios que intervienen en su configuración. De una parte, como medio de contención social aneja al desarrollo del liberalismo temprano y, por otra, como un logro histórico de la clase trabajadora en trance de readecuación en el capitalismo tardío.

El segundo capítulo destaca: i) el origen y desarrollo histórico del instituto pensional en Colombia anterior a la Ley 100 de 1993, así como el papel histórico que la organización sindical ha desempeñado en el país para elevar a rango constitucional los derechos sociales en general y el derecho a una pensión en particular y, de esa manera, obtener la materialización de un incipiente welfare State, y ii) las causas y consecuencias del debilitamiento de la organización sindical y, por consiguiente, de los derechos adquiridos, en particular en materia de pensiones, como resultado de la política de ajuste económico iniciada en la década del noventa, a la cual es posible hacer frente con algunas alternativas de enfrentamiento a los problemas sociojurídicos y socioeconómicos formulados en el acápite introductorio.

En el tercer capítulo, la investigación se orienta a mostrar las consecuencias que la implementación del programa de reajuste económico ha tenido: i) en el régimen general de pensiones, verbigracia la Ley 100 de 1993, y ii) en la propia comprensión de los derechos adquiridos en el contexto de un Estado social de Derecho, dado el Acto Legislativo 01 de 2005, que se propone mostrar como hermenéuticamente incipiente para equilibrar la vigencia del orden constitucional, en particular del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, respecto a sus obligaciones con los convenios ratificados por Colombia sobre la materia (OIT) y con el sistema de derechos de la Carta que, dado su diseño axiológico, organiza al Estado en torno a la realización y garantía de los derechos constitucionales (art. 2, CP) y fundamentales, sin atender una fórmula conciliadora amplia que dé cabida a la negociación de los intereses alternativos en juego (económicos y laborales) por parte de todos los sectores involucrados. No obstante, se reconoce que la propuesta de una solución caso a caso de la justiciabilidad de la negociación colectiva en materia pensional restringe abiertamente la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 a un mero deseo del constituyente derivado, mas le devuelve el potencial emancipatorio y optimizador a la organización sindical ante la negociación colectiva. Ello desemboca en un fortalecimiento de dichas organizaciones y, por contera, en la formalización laboral, uno de los pilares del discurso bienestarista, tanto de neoliberales como de social-demócratas.

ORIGEN, FUNDAMENTO Y CLASIFICACIÓN DEL INSTITUTO PENSIONAL

Forjar un interés

Esta primera parte del estudio procura abordar socioeconómica y sociojurídicamente la noción de pensión paralela al devenir histórico de la inflación y deflación de las tareas estatales, ya que las prestaciones económicas periódicas, sea cual sea su justificación (edad, condiciones sociales o físicas particulares, pertenencia a determinado grupo, etc.), son producto del desarrollo moderno del capitalismo y de la evolución reificada (en el sentido hegeliano del proceso por el que algo se convierte en cosa) de los intereses individuales.

Ese contexto —el origen socioeconómico y político del instituto pensional y las clasificaciones del instituto, según su fundamento y objeto— se encuentran determinados por factores pluridisciplinarios que van más allá de un exclusivo problema jurídico, pues un sistema jurídico se confecciona merced a elementos ideológicos, económicos, sociológicos y políticos.

Cuando se considera al instituto pensional como un medio de contención social anejo al desarrollo del liberalismo temprano, se tiene en cuenta un contexto histórico, alentado por los conflictos ideológicos en los que el capitalismo temprano procura prevenir la perversión del *statu quo* con medidas de cesión sobre las ganancias (contención social) a favor de los trabajadores.

Asimismo, cuando se describe la observación del instituto pensional como un logro histórico producto de la lucha de la clase trabajadora, es incuestionable que dicha noción contiene consideraciones ideológicas, sociológicas, económicas y políticas de grupos de interés que contrarrestan una lógica dominante. Frente a ella, dichos grupos defienden un programa de acción de mediano y corto plazo, en pro de la satisfacción de las necesidades ideologizadas bajo la égida de un proyecto emancipador de largo plazo⁵⁸. Vale cuestionarse si en el momento actual del capitalismo tardío es posible defender la justiciabilidad de las libertades y los derechos a la negociación colectiva con los viejos argumentos de la lucha de clases y no con los propios sustentos neoclásicos de la libertad de elección y negociación, entre posiciones actuariales alternativas⁵⁹.

Lo que interesa a este estudio es volcar todos los elementos que se tomarán en consideración para proponer una alternativa a la antinomia constitucional, producida por la confluencia en la Carta Política de dos preceptivas de rango constitucional que responden contradictoriamente al problema general del régimen de las pensiones en las convenciones colectivas de trabajo. Mas, para procurar contener la ideologización de diferentes posturas frente al instituto pensional, es necesario responder la cuestión relativa a si la negociación colectiva de los trabajadores es correlativa al origen y desarrollo clasificatorio del instituto pensional.

En busca de una respuesta, esta parte del estudio aclara: i) la perspectiva histórico-crítica que describe el vínculo entre el nacimiento de los sistemas de seguridad social en pensiones y las luchas de los trabajadores en los dos modelos genéricos de seguridad social: el denominado universal o anglosajón y el profesional o germánico (contributivo), y ii) presenta las clasificaciones del instituto pensional en su perspectiva general, según el objeto al que atiendan y la fuente del sistema o régimen al que se circunscribe. Así, en primer lugar, se precisarán,

58 De acuerdo con César Rodríguez (1999) se asume ideología como el "discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado" (pp. 63-64).

59 Ya se ha dicho que enfrentar el proceso de "ajuste estructural" con la vetusta ideología de la izquierda vernácula no hace más que enfrentar la ideología neoliberal con otra. Ello no permite advertir que el modelo económico neoclásico es un discurso empleado por grupos de interés para justificar las medidas adecuadas a los mismos, pero que, en tanto modelo, tiene más de un elemento que justifica la capacidad de actuación de los sindicatos en el contexto del capitalismo tardío. Respecto a las bases fundamentales del modelo económico neoclásico en sus dos vertientes —austriaca y de Chicago—, puede verse Hayek (1996); Von Mises (1993); Friedman y Friedman (1996).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

las pensiones por vejez, invalidez, sustitución, decisión judicial y circunstancias o estatus especial. En segundo lugar, se caracterizarán los regímenes pensionales existentes, al margen del régimen universal, según el criterio axiológico de su fundamentación: la solidaridad para el denominado régimen de prima media y la autonomía de voluntad privada para el régimen de capitalización individual.

Origen del instituto pensional

Antes de entrar en el desarrollo del itinerario señalado, no está de más advertir que buena parte del recaudo conceptual que se ha planeado funciona a la manera del tipo ideal weberiano. De tal suerte, no resultará extraño toparse con “hechos” paradójicos que no encuadran en los fenómenos típicos, los conceptos típico-ideales, pues lo regular en las construcciones legales —para el caso presente, en pensiones— no es la adecuación conceptual a las construcciones teórico-dogmáticas de la seguridad social, sino la adaptación, mezcla y fusión de elementos y fórmulas de acción muchas veces de fundamentos opuestos o contradictorios. Por lo mismo, no existe una definición de pensión que, sin ser una mera remisión al diccionario o una posición ideológica, pueda asegurar cierta objetividad. Empero, esto no ha de ser un problema, si se considera el instituto pensional desde una perspectiva genético-crítica, esto es, histórico-ideológica, ya que, de observarse la aparición de la seguridad en pensiones desde el contexto de cruce de la revolución industrial y las revoluciones sociales decimonónicas, se entenderá cuál es su razón de ser y sentido: la del conflicto de clases en tanto conflicto de grupos de interés.

Sin caer en el evolucionismo ramplón del marxismo ortodoxo, esta última perspectiva tampoco sugiere un mero recuento anecdótico como el que se estila en la literatura sobre pensiones⁶⁰. El punto de interés aquí no es defender la tesis de “la inexorable marcha de la historia hacia la revolución proletaria” —una suerte de teología vestida con ropas de “materialismo científico”— y tampoco alabar las virtudes humanísticas de Bismark o Beveridge —una versión caricaturesca

60 En todos los estudios citados sobre seguridad social no se vinculan los antecedentes históricos de las medidas de protección o previsión social (la asistencia por parentesco, la caridad cristiana, el altruismo, la asistencia de interés gremial, el mutualismo colegiado o profesional) con las instituciones modernas. No se destaca, empero, la nota particular de esa omisión: la imposibilidad de considerar cualquier forma de previsión individual o social de las contingencias sin la existencia del vínculo laboral moderno y, como corolario, sin el conflictivo paso de un Estado liberal a un Estado social, puede verse (Cañón Ortigón, 2007, p. 50).

y reduccionista de la seguridad social—; interesa considerar que el nacimiento y la evolución del instituto pensional está intrínsecamente ligado al desarrollo conflictivo de la sociedad industrial moderna y a la lucha entre sus diversos actores.

Desde esta postura, se puede indicar que no es posible hablar en estricto sentido de alguna forma premoderna de seguridad social y de pensión, ya que la seguridad social no es caridad, beneficencia o dádiva política⁶¹; es, desde su base, un conjunto de medidas de contención social del problema de la distribución de la riqueza, definición que en nada aminora la importancia de su defensa, puesto que el instituto pensional se desarrolla con sus actores.

Modelos históricos de seguridad social en pensiones

Es un lugar común afirmar que al nacimiento de los sistemas de seguridad social en pensiones y a las luchas de los trabajadores son cooriginarios dos modelos genéricos de seguridad social: el universal o anglosajón y el profesional o germánico (contributivo). Esta tesis, la periodización de Paul Durand⁶², se caracteriza por ubicar el origen de la seguridad social en el cruce de la segunda revolución industrial y el movimiento socialista obrero mundial, es decir, en el período que abarca de la segunda mitad del siglo XIX a la primera del siglo XX, que va a la par de la consolidación del modelo capitalista mundial y la constitución del “socialismo real”.

En dicho contexto, las iniciativas de Colbert en Francia o de las “cajas de socorros” en la actual Alemania, no son parte del origen del instituto pensional (Cortés Hernández, 2006), ya que en ambos casos hace falta una pieza capital para hablar del instituto: el equilibrio entre servicios prestados y beneficios obtenidos en una relación recíproca de ganancia-costos entre empleado y empleador o entre ciudadano-Estado. En otras palabras, hace falta la figura institucional de los “aportes”, tornados en cotizaciones (en el caso contributivo) o en impuestos

61 Con razón anota Oscar Iván Cortés Hernández (2006) que “bajo el manto de una disfrazada fe religiosa, encontramos la beneficencia privada como el más remoto antecedente de la previsión social, conforme a la cual los dueños de la riqueza, con un vejatorio carácter de dádiva o caridad, se desprendían de unas migajas de su fortuna para de esta manera garantizar la paupérrima existencia de los menesterosos” (p. 4).

62 “Paul Durand ha señalado que la formación histórica del sistema de seguridad social ha pasado por tres etapas: la primera es la que él llama los procedimientos indiferenciados de garantía que son: el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública y la responsabilidad; la segunda es la de los seguros sociales, y la tercera, la de la seguridad social propiamente dicha” (Nuget, 2006, p. 606).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

(en el caso universalista), que no de los descuentos o subsidios caritativos, propio de otros tiempos.

El modelo de seguro social obligatorio

En cuanto al modelo continental europeo, es de recordar que el modelo de seguro social obligatorio nació gracias a la iniciativa del canciller Bismark en Alemania y se desarrolló durante el período que va de 1883 (primer seguro obligatorio de enfermedades) a 1911 (creación del seguro de supervivencia) y pasó por el establecimiento del seguro obligatorio de accidentes en 1884 y de invalidez y vejez en 1889 (Almansa Pastor, 1977). Dicho modelo se debió a:

La situación social resultante del desarrollo industrial, que se agudiza en la cantidad de accidentes y enfermedades profesionales que ocurren, de los cuales son víctimas los obreros de las minas, termoeléctricas, fábricas, etc.; 2. La posición de equilibrio jurídico, pero de desigualdad real, en que se encontraban los trabajadores frente a los patronos, cuando por los procedimientos contenidos en las normas de carácter civil que tenían que demostrar la culpabilidad de su patrono, por los daños causados a consecuencia de los riesgos profesionales que se presentaban durante el trabajo subordinado; 3. La evolución de las teorías jurídicas que surgieron para determinar una responsabilidad objetiva del patrono, por los riesgos profesionales que se presentan a sus trabajadores dependientes; 4. La insuficiencia evidente de los mecanismos de protección social, generalmente de carácter voluntario, inventados hasta el momento por iniciativa individual, como el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, frente a los grandes problemas sociales que resultaron de los procesos de industrialización (Cañón Ortegón, 2007, pp. 88-89).

Entre las causales del nacimiento del sistema enumeradas por el autor no se menciona la primera y principal: la necesidad del recién unificado Estado alemán de contener los movimientos socialistas, comunistas y anarquistas que habían logrado un gran avance en el sector, recientemente constituidos, de los trabajadores industriales⁶³.

63 La perspectiva monodisciplinar tiende a desconsiderar aspectos socioeconómicos de gran importancia como el indicado. Olvida considerar que el segundo imperio alemán, también conocido como II Reich, que va desde 1871 hasta 1918, tras la unificación de la antigua Confederación de Alemania del Norte y de los cuatro estados germánicos del sur: Baviera, Baden, Hesse y Württemberg tuvo como unas de sus finalidades centralizar ideológica y formalmente el nuevo Estado. En efecto, bajo la égida del rey de Prusia, Guillermo I y la dirección de Otto von Bismarck, canciller imperial, se propuso como plan político-económico disputar el poderío económico inglés. Tal proyecto presumía desalentar las recién nacidas "ligas obreras" anarcosocialistas y las primeras huelgas que, en

En efecto, si no se contempla la amenaza que constituía para el establecimiento la organización de los primeros grupos de trabajadores, las primeras huelgas y el desarrollo que habían alcanzado los obreros en la mentalidad política gracias al “adoctrinamiento” de los diversos grupos revolucionarios⁶⁴, es difícil entender cómo una clase capitalista pujante —que además controlaba las riendas políticas de Alemania—⁶⁵ pudo haber cedido ante las demandas de la clase trabajadora. La lógica seguida por el capitalista alemán —y también por el inglés— era sencilla: o se cedía ahora en algunas de las demandas obreras y se reasignaba parte de la ganancia actual o el peligro de una debacle revolucionaría el “fantasma que rondaba Europa”, como escribió Marx en las primeras líneas de su *Manifiesto* haría incierta la suerte del propio capitalismo.

La institucionalización de la seguridad social y de la pensión en un sistema de protección obligatoria para los trabajadores asalariados permitió contener las iniciativas revolucionarias y prometer una estabilidad futura —cierta esperanza frente a la contingencia— y, simultáneamente, asegurar con ello una lealtad de los trabajadores hacia sus patronos —y, por medio de ellos, hacia el sistema— que ninguna ideología habría ya de debilitar. Sin la existencia de la relación laboral capitalista y, por supuesto, sin la concesión de la posibilidad de que los

principio, solo tenían el propósito de mejorar las condiciones laborales, pero que, dada la influencia crítica de Marx y Engels al Programa de Gotha (programa de unificación de las diversas organizaciones socialistas alemanas) y las “demasiadas concesiones ideológicas a la teoría política lassalleana”, se convirtió en un verdadero factor revolucionario ante el cual Bismarck reaccionó con la política de “garrote y la zanahoria” (Zachert, 2005, p. 1).

64 Motivado por un deseo de evitar el ascenso de los socialdemócratas-comunistas (marxistas, anarquista-bakunista) Bismarck introdujo unas reformas a las que llamó “cristianismo aplicado” o “socialismo de Estado” (Der Staatssozialismuspauksichdurch), las cuales buscaban desalentar el movimiento revolucionario y, al tiempo, garantizar desde el Estado las condiciones apropiadas para la competencia de los capitalistas alemanes con sus pares británicos (Erhard, 1961). No está de más indicar que el legado de Ludwig Erhard y de sus reformas como director económico de las zonas de ocupación aliadas tras el fin de la Segunda Guerra, muestran con claridad cómo se logró contener el sindicalismo alemán en la órbita de *laissez faire*. Una sucinta descripción de la influencia de las reformas económicas de Erhard puede verse en Donges (1989).

65 Desde una perspectiva económica, este fenómeno se explica porque “la economía británica, a finales del siglo XIX, redujo visiblemente su dinamismo en relación a Estados Unidos y Alemania, sus más inmediatos competidores. Al iniciarse el siglo XX, Gran Bretaña había dejado de ser el *workshop of the world*. Los Estados Unidos y Alemania aventajaron a Gran Bretaña en la industria del hierro y del acero y en los sectores industriales más avanzados técnicamente (química, industria eléctrica, sector automóvil, etc.). En las décadas que precedieron a la guerra la participación británica se redujo de un 20 % a un 14 % (1876-1880) [...]. El papel dirigente de Gran Bretaña dejó de ser incontestable, a pesar de que en los años de preguerra todavía no se podía prever que otro país desempeñaría ese papel. Los contemporáneos, del mismo modo que más tarde los historiadores, se sintieron fascinados por la rivalidad de británicos y germanos. Alemania, sin embargo, carecía tanto de las profusas relaciones comerciales en el ámbito mundial, como de una fuerte posición de acreedor que le permitiera aspirar a la posición de potencia económica mundial” (Hardach, 1997, p. 11).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

empleados pudieran negociar con sus patronos algunas prebendas (derechos-beneficios), era imposible asegurar la protección de las eventualidades como la invalidez, la vejez, los accidentes de trabajo y la muerte. Como bien indica Arenas Monsalve (2006) para el caso alemán:

La aparición de un proletariado en el proceso de industrialización originó la asociación sindical y posteriormente del Partido Social Demócrata; además, una profunda crisis económica, con dificultades financieras, cierres de fábricas y huelgas, dieron importante impulso a las ideas socialistas y el acceso de los proletarios al Parlamento lo cual inquietó al canciller Bismark, que se decidió a poner en práctica una política de habilidad y fuerza, en la que restringió notoriamente las libertades sindicales y a la vez se dio cuenta de la necesidad de mejorar la suerte de la clase obrera (p. 21).

En otras palabras, la respuesta del modelo profesional bismarkiano, que fue también la respuesta de la mayoría de las economías occidentales (Alemania, Italia, Francia y España, entre otros) al peligro desestabilizador de una clase obrera organizada, con expectativas de negociación cada vez más altas, fue lo que se denominó “garrote y zanahoria”, aunque fue más el garrote que la zanahoria, dado que:

El ámbito originario de los seguros sociales era muy limitado, pues estaba reducido a los obreros industriales que tuvieran salarios anuales inferiores a cierto monto, la carga financiera de los seguros se repartía entre los empleadores y los aseguradores y se añadía una subvención del Estado a esas cotizaciones. Solamente la indemnización por accidente de trabajo era soportada íntegramente por el empresario. Los tres seguros (enfermedad, accidente de trabajo e invalidez-vejez) constituían ramas diferentes, cada una con una propia y compleja estructura administrativa en la cual los municipios y las organizaciones profesionales tenían amplios poderes (Arenas Monsalve, 2006 p. 22).

En este esquema de orientación privatista —basado en un esquema de seguro privado—, que se fundamenta y desarrolla alrededor de un centro contractual, la referencia del beneficio depende de la proporción de las cotizaciones. Aunque el modelo contributivo perfile algunas aperturas muy relativas al asistencialismo, se basa en una financiación obtenida a base de cotizaciones que dependen de las tasas de empleo.

Desde el punto de vista de la financiación un sistema de seguridad social contributivo o profesional [...] presenta serios inconvenientes: en primer lugar, no legitima

sistemas de seguridad social universal, sino que limita el campo de acción subjetiva a aquellos individuos que contribuyen económicamente; en segundo lugar, derivado de lo anterior, grava a la población activa y a las empresas y a las empresas que emplean más mano de obra, lo que genera un incremento del coste social de empresa y puede perjudicar al empleo. Dicho de otra manera, este sistema sin financiación no es progresivo y tiene un efecto redistributivo limitado y, lo que es más importante, implica altos costes para garantizar las prestaciones altas, siendo muy sensible a la inflación (González, Barcelón y Quintero, 2007, p. 148).

Esto se debe a que su mecanismo de financiación solo se presta a la protección de la pérdida de rentas derivada de contingencias definitivas o temporales que afectan al trabajo o, mejor, a los grupos poblacionales que pueden administrar sus riesgos y coberturas de modo diferenciado (Cortés González, 2009). Ello da pie a la posibilidad de crear regímenes especiales de seguridad —de pensiones, en particular—, pues según las condiciones del grupo poblacional que se perfile proteger (militares, empleados públicos, por ejemplo), los aportes brindados por el Estado a la “institución administradora” de dichos fondos puede cambiar. No cambian solo por la iniciativa providencial del establecimiento, sino merced a la inserción de la posibilidad de los trabajadores de negociar con sus empleadores y el Estado en esas condiciones especiales.

Es interesante observar que este modelo, que fue la primera y primordial influencia durante el siglo XX para Europa continental, América Latina y Colombia⁶⁶, es eficiente para asegurar la lealtad de ciertos grupos de interés —organizados o no— que el establecimiento considere adecuado controlar en sus expectativas. De allí que los primeros regímenes especiales sean los de los militares, policías y miembros de la Administración pública.

66 Como recuerda Cañón Ortegón (2007), “la influencia del modelo de seguro social obligatorio establecido en Alemania tuvo gran influencia en toda Europa occidental a principios del siglo XX y luego fue trasplantado a los países de América Latina, sin mayores variaciones [...] el seguro social se hizo obligatorio en Austria en 1887; en Checoslovaquia en 1888; en Hungría en 1891; en Francia, Dinamarca e Italia en 1898, etc. [...]. En Latinoamérica la influencia del seguro social apareció en 1904 cuando México expidió una ley de protección en caso de accidentes de trabajo; en la Constitución de 1917; posteriormente se implantó el seguro social mexicano en 1943. En Chile, en 1924 se expidió una ley de seguro social obligatorio [...]. En Bolivia, en 1924 se expidió una ley de seguro obrero. En Paraguay, en 1943 se creó el seguro social contra los riesgos de invalidez, vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional. En el Ecuador, en 1935 se estableció el seguro social obligatorio [...] en Brasil se estableció el seguro obligatorio en 1936 [...]. En Venezuela, se expidió la Ley de seguro social obligatorio en 1940 y se creó el Instituto de seguros sociales, ejemplo que siguieron, Colombia y Guatemala en 1946” (pp. 94-95).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

No obstante, el modelo sirvió a los propósitos de grupos de interés organizados (maestros, empleados de empresas estatales, por ejemplo) que, pese a no ser considerados de importancia fundamental para los agentes del poder, demandaron un tratamiento particular del sistema general e incluso instituciones especiales de administración de sus seguros. En la médula de este sistema se encuentra la segmentación y la diferencia, el corporativismo, pues el empleado preferirá siempre adherirse al grupo con posibilidades prestacionales más satisfactorias (segmentación profesional) antes que al sistema general. En términos de la Sociología Crítica, este fenómeno desplaza el conflicto social básico entre poseedores y no poseedores de la riqueza a la complejidad competitiva, supuestamente superada por la solidaridad entre empleadores-empleados-Estado en un sistema de seguridad social contributivo, entre grupos de interés pertenecientes a los elementos más desfavorecidos de la sociedad⁶⁷.

Este último particular presenta al sistema continental como un estadio “superior” de la previsión social voluntaria, en la medida en que comparte los mismos presupuestos de fundamento, pero conlleva dos inconvenientes lógicos de su implementación: por un lado, el peligro de su desfinanciamiento por la proliferación de regímenes especiales, en particular en pensiones, pues los aportes del Estado no alcanzan a satisfacer el sistema en conjunto y los regímenes especiales⁶⁸; por el otro lado, una creciente tendencia del Estado a dejar en manos privadas varios de los componentes de la seguridad social —entre ellos, las pensiones—, para

67 Como destaca Gøsta Esping-Andersen (2000): “La noción de ‘clase de riesgo’ implica que la probabilidad de un riesgo social se distribuye de manera desigual en los diversos estratos sociales [...] en el planteamiento corporativista, uno de los modelos-tipo de la solidaridad en los Estados del bienestar, los riesgos se comparten en función de la pertenencia a un status. La diferenciación profesional constituye la expresión más típica del corporativismo, y ello por dos razones: en primer lugar, porque el status profesional suele agrupar perfiles de riesgo similares; en segundo término, porque la profesiones constituyen una fuente primaria de ‘clausura social’ y de movilización colectiva. Para asegurar dicha clausura y maximizar las solidaridades corporativistas estos programas suelen basarse en la pertenencia. Su articulación concreta depende, en gran medida, de la historia de la movilización colectiva (el grado de segmentación). La división entre profesiones manuales y no manuales ha constituido el eje principal de la política social en Alemania; Francia e Italia exhiben una tradición de clausura profesional mucho más estricta, como atestigua el montón de planes de pensiones, diferenciados para cada profesión, que se dan en estos países” (p. 60).

68 Dado que un 5 % del PIB colombiano se va en pago pensiones en el régimen de prima media y que solo cubre a un millón de personas de las cuales un 80 % pertenece al quintil más rico de la población, Roberto Steiner en nombre del Instituto de investigaciones de Fedesarrollo propuso atacar la proliferación de regímenes especiales que resultan bastante costosos e inviables a largo plazo, al tiempo que marchitar el régimen de prima media que actuarialmente está desfinanciado (UNRadio, 24 2011a).

librarse de las presiones sociales que implicaría la insatisfacción de sus deberes proteccionistas.

Cabe recordar que:

En la primera fase de génesis del sistema público de protección social, la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo coexistía con el aseguramiento voluntario de los trabajadores frente a las contingencias comunes, ajenas a la prestación de servicios y por ende a la responsabilidad del empleador. En este primer momento, el papel del Estado quedó constreñido al fomento del aseguramiento voluntario del trabajador, como mecanismo para proporcionar a aquél y a su familia cierto grado de seguridad frente a un futuro más o menos incierto. El aseguramiento continuó siendo voluntario, pero se tomaron medidas de promoción del mismo tales como la bonificación de las contrataciones de seguros. En ese retiro de libertad subsidiada las pensiones podían concertarse a capital cedido o a capital reservado, reconociéndose así dos clases de pensiones, las que se caracterizaban por la cesión de las cuotas pagadas a cambio de una pensión que cobraba el asegurado desde que alcanzaba la edad de retiro hasta su muerte; y las que incluían dos operaciones, la entrega de una renta vitalicia al asegurado y otra de seguro de vida, consistente en la atribución al cónyuge, a los hijos o a los descendientes de cierto importe en caso de muerte del asegurado. Aunque pronto se comprobó que este régimen de libre aseguramiento resultaba insuficiente y que era imprescindible convertirlo en obligatorio para proteger efectivamente a los trabajadores y a sus familias, su relevancia para el sistema es innegable, y hoy en día pueden encontrarse fórmulas de previsión social voluntaria que hunden sus raíces en la esencia de aquella libertad subsidiada, y que alcanzan cada vez más relevancia, fundamentalmente para completar las prestaciones de la Seguridad Social. Los planes y fondos de pensiones privados son un claro ejemplo de lo dicho, dado que en tanto que técnica de previsión voluntaria y privada un plan de pensiones es un contrato especial en el que se definen los derechos y obligaciones de partícipes y de beneficiarios; contrato que necesariamente ha de formalizarse a través de un Fondo de Pensiones, que es el patrimonio constituido para dar cumplimiento a las prestaciones previstas en el correspondiente Plan (Valverde y García, 2008, pp. 72-73).

El modelo de necesidad social

El problema de la contención social del conflicto capitalistas-trabajadores-Estado tuvo una respuesta distinta en el caso del modelo anglosajón que, pese a ser un modelo de naturaleza “universal”, mantiene unos niveles prestacionales

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

relativamente bajos. Desde su origen, que se remonta al tan elogiado Informe Beveridge (presentado en noviembre de 1942 y ejecutado a partir de 1945), el cargo a la estructura impositiva sostiene el sistema no contributivo, lo que supone que el sistema depende de la relación costo de los beneficios-carga presupuestal. Además, se le agrega el tono liberal de Estado-gendarme (distinto a la concepción germana de Estado-providencia) que le es propio a la sociedad inglesa⁶⁹ y que, en cierta medida, delineó:

[...] un aspecto de valor incalculable del Plan Beveridge: que el mismo fue escrito en medio de la guerra, como plan esencial para lograr la recuperación posterior. Esto es, la seguridad social fue entendida como estrategia insustituible para reorganizar la sociedad y garantizar el desarrollo y la paz (Cortés González, 2009, p. 36)⁷⁰.

69 El Estado gendarme es el Estado llevado a su más mínima expresión, en términos de *laissez-faire*, pues tanto mejor es el Estado cuanto más pequeño sea. El Estado providencia, es la forma patriarcal, la abstracción mitificada denominada Estado; tanto mejor el Estado cuanto más benévolo sea con sus súbditos. Ambas formas son distintas al *welfare State* o al Estado social y democrático de Derecho con todas sus vertientes. Acerca de las distintas posiciones frente al Estado social, Santofimio Gamboa (2010) ha resumido que: "Desde el punto de vista del contenido de la cláusula de Estado social de derecho, la doctrina no ha sido uniforme. Desde su proclamación, la cláusula del Estado social de derecho aparece a primera vista como: una cláusula abierta, 'objeto de diversas interpretaciones a la hora de su determinación'. En Alemania se le ha tratado de determinar desde diferentes puntos de vista. En este sentido, se pueden observar cuatro importantes tendencias en cuanto a su alcance: 1. 'El Estado social como expresión misma del conjunto de acciones de intervención social del Estado'. Esta corriente interpretativa parte de la dicotomía entre Estado de derecho y Estado social de derecho. Concepción clásica que aún discutía si los dos fenómenos se podían interrelacionar o no. De todas maneras entendía lo social del Estado como el proceso de intervención, regulación y conducción de lo social mediante leyes y de una administración prestadora de servicios. 2. 'Estado social como Estado o situación social de bienestar'. Dentro de esta concepción el Estado social se asimila al Estado de bienestar, en la medida en que el fin que debe procurar el Estado social de derecho no es más que el del bienestar general de la población: finalidad distributiva de recursos con el fin de hacer de la sociedad una sociedad de bienestar. Según sus teóricos, el Estado debe velar por nivelar las condiciones de vida de la población; por lo tanto, debe redistribuir la riqueza en aquellas capas más deprimidas. 3. 'Estado social como política social y sistema de la seguridad social'. Según Parejo Alfonso, esta concepción del Estado social de derecho reduce el Estado a una parte exclusiva de sus finalidades: aquella que tiene que ver exclusivamente con la política y el sistema social. Se trata, por lo tanto, de una concepción insuficiente y limitada. 4. 'Estado social como función del orden constitucional de carácter social'. Desde esta perspectiva, el Estado social de derecho es entendido como un fenómeno de lo jurídico; no obstante esta ubicación de su naturaleza, su contenido sigue siendo un problema de definición. Para algunos, esta función estatal es ante todo una función de estabilización, que pretende fundamentalmente compensar las desigualdades sociales o autoestabilizar el Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Como función estabilizadora, algunos otros encuentran la posibilidad de la intervención estatal frente a los conflictos sociales. Para otro sector de la doctrina, esta cuarta posición interpretativa implica una función de progreso y reforma social en cabeza del Estado, el cual "goza de una cierta autonomía en orden a configurar su función ofensiva de constitución de la sociedad. Y ello a partir de los valores consagrados en la Constitución y de su ponderación de conjunto y relativa" (p. 220-221).

70 No hay que olvidar que Estados Unidos tuvo también su informe, llamado Plan Wagner-Murray de 1943, de obvias expectativas menores que su paralelo inglés, pero con la misma idea de unificar el sistema de seguridad social con el sistema asistencial (Nugent, 2006). No obstante, sus éxitos fueron bastante limitados, por un lado, debido a la traza macartista que impidió o hizo inocua la contención de grupos organizados de presión que impulsaran la seguridad social hacia un verdadero universalismo (como se destaca hoy en el intento de reforma de la seguridad

En este caso, si se dejan de lado las concepciones “románticas” sobre el Informe que lo consideran la carta de navegación de toda acepción contemporánea de seguridad social, el modelo inglés respondía políticamente al owenismo social que se había tornado en un antecedente preocupante del libertarismo *whig* que, de manera paradójica, abrió las puertas al Partido Laborista. Era un tiempo en el que el maniqueísmo político que anticipaba el fin de la guerra y, con ello, el orden mundial de la Guerra Fría demandaba una presencia activa del Estado en la gestión del problema de la distribución de la riqueza en la sociedad cuna del capitalismo europeo. De allí que, en Inglaterra, mediante una red asistencial de largas miras, el Estado se dirigiera a atender a los grupos de interés históricamente más desatendidos (la clase obrera, las familias, los trabajadores rurales, etc.)⁷¹.

Puesto que el eje del modelo de seguridad social inglés no es el contrato —como en el caso germánico—, sino la necesidad social, el carácter distributivo de los impuestos, en términos de igualdad de prestaciones y servicios, supuso la unificación legal del manejo y de la administración de todas las instituciones de protección. De otra parte, significó el advenimiento de la coimplicación renta nacional-ingreso personal, en el sentido de que “el concepto de ingreso del individuo, y no del salario del trabajador, se constituyó en el elemento fundamental

social perseguido por el presidente Barack Obama) y, por otro lado, al bum económico de la posguerra que para los estadounidenses, embebidos en el “sueño americano”, significaba poca preocupación por las necesidades y afujías que los ciudadanos europeos sufrían en la posguerra. Un interesante análisis de esta época puede verse en Galbraith (1985).

71 Herman van der Wee (1997) recuerda que “entre las primeras medidas del nuevo orden económico de la posguerra se contaron las leyes de pleno, como las de Estados Unidos, Gran Bretaña y Suecia los países que así debería asegurar la sostenibilidad a largo plazo de los seguros sociales. Francia, Italia y Gran Bretaña sobre todo nacionalizaron numerosas empresas, de manera que el Estado se convirtió en el mayor empresario del país y se encontraba en condiciones de controlar sectores clave de la economía. Junto con la meta del pleno empleo el Estado debía alcanzar también una redistribución de la renta y garantizar la seguridad social. Países como Gran Bretaña, Francia, Bélgica u Holanda habían elaborado ya planes para el establecimiento de un sistema global de seguridad que el Estado debía apoyar y garantizar. Planes que se plasmaron en disposiciones legales después de 1945. Más al servicio del equilibrio socioeconómico que al de la seguridad social debía ponerse la ampliación de la democracia económica, por la cual los trabajadores y empresarios, en parte bajo la decisión o el control del estado, habían de cooperar en la dirección de la empresa [lo que creó una forma peculiar de sindicalismo europeo]. Pero éstos eran sobre todo fenómenos y tendencias europeos, pues Estados Unidos abandonó con la Taft-Hartley Act de 1947 incluso conquistas que los trabajadores habían alcanzado en los años treinta” (p. 27). Además, pueden verse los cuadros incluidos en la obra referida respecto a la reactivación de la producción nacional entre 1948 y 1950 en los países europeos occidentales, sobre el producto social bruto (PSB) entre 1950 y 1970 y sobre la relación media entre PSB y producción nacional durante el mismo período (pp. 23; 49; 63). El análisis comparativo de estas cifras permite concluir que, en ese período, los sistemas de seguridad social alcanzaron cierta progresividad gracias al auge económico, situación que cambió drásticamente desde la década del ochenta, merced al cambio económico y al repunte de la ortodoxia neoclásica en las políticas económicas de los países de la OCDE.

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

del modelo inglés, tanto para la financiación del sistema como para el reconocimiento de las prestaciones o la prestación de los servicios” (Cañón Ortegón, 2007, p. 98).

No obstante, para un país en reconstrucción, después de la guerra, resultaba económicamente inviable asegurar que la renta nacional bastaría para satisfacer las necesidades de toda la población, como se propusieron hacer los países escandinavos que llevaron a sus últimas consecuencias el modelo universalista, porque no sufrieron en la guerra desastres comparables a los ingleses⁷²; por ello, los ingleses tomaron la alternativa de un sistema de asistencia social residual. En otras palabras, pusieron como meta la utopía y, al tiempo, dejaron en subsidios las promesas del Informe.

Desde el punto de vista de la protección de las situaciones de necesidad, un sistema basado en recursos de naturaleza impositiva legitima la universalidad de la cobertura de todos los ciudadanos residentes en el territorio [...]. Pero presenta algunos inconvenientes. Su carácter progresivo queda condicionado a lo que sea también el sistema fiscal que se apoya en mayor o menor medida en impuestos directos o indirectos. En consecuencia, un sistema de financiación de carácter impositivo es un sistema muy dependiente de consideraciones políticas referidas a la mayor o menor presión fiscal y que, obviamente, presenta limitaciones; además que las prestaciones ofrecidas sólo pueden operar como renta de subsistencia pero no como renta de sustitución de ingresos o salarios previos a la materialización de la contingencia (González *et ál.*, 2007, p. 148).

Afirma Cortés González (2009):

.....
72 Luciana Jaccoud (2010) advierte que “el llamado régimen socialdemócrata (modelo escandinavo de seguridad), representado por los países nórdicos, se caracteriza por el mantenimiento de una protección social de gran amplitud, tanto en términos de la población cubierta como de la oferta. Entendida como responsabilidad pública, el objetivo de la protección social en dicho régimen es promover el acceso universal a servicios y beneficios, independientemente de los aportes realizados o de la comprobación de la situación de pobreza. El financiamiento cuenta con el aporte del beneficiario, en función de sus ingresos. El régimen socialdemócrata presenta la oferta más amplia de servicios sociales y se caracteriza por la tendencia a la cobertura universal y pública de la protección social. En ese contexto se reduce el margen para la prestación privada de servicios, ya sea por organizaciones lucrativas o entidades sin fines de lucro. En el caso de Suecia, por ejemplo, la garantía de acceso universal se extiende a los servicios de salud, educación y a los llamados servicios sociales, todos ofrecidos directamente por la esfera pública. Sin embargo, en las últimas décadas el sector público ha tenido dificultades para mantener los altos niveles de los beneficios monetarios y la calidad de los servicios. Si bien su presencia es todavía marginal, se observa un incremento de la participación de las entidades sin fines de lucro en el ámbito de los servicios sociales. Algunos estudios revelan que la participación privada ha sido mayor que la del tercer sector, para el cual todavía no existe una política nacional consolidada” (pp. 236-237).

[...] por ello se alude a que el modelo de seguridad inglés persigue la universalización, en cuanto busca que los beneficios del sistema lleguen tanto a trabajadores formales como a desempleados, informales e independientes, recurriendo también a financiación mediante subsidios públicos (p. 37).

Como el pago de subsidios implica una carga al presupuesto de crecimiento constante que no es equivalente —ni podría serlo— a la estructura tributaria, la presión sobre el crecimiento global del país se encuentra permanentemente amenazada. No obstante, mediante la concesión a los trabajadores de ciertas prerrogativas negociables, el modelo garantiza la existencia global del sistema por lo menos a mediano plazo.

[...] al implementarse el “nuevo” modelo, no podía desconocerse la existencia en Inglaterra de regímenes de seguro social y de sistemas privados de seguro, que de hecho, vinieron a constituirse en formas complementarias del régimen general [no universal] de tipo asistencial creado con base en la propuesta de Beveridge (Cañón Ortegón, 2007, p. 100).

En términos sociológicos, esto abrió la puerta a la carnetización del pobre, es decir, a la estratificación social del derecho a la seguridad social. Como sucede hoy día en la mayoría de países de ingresos medios y bajos, los ingresos de las personas entraron a determinar las características de la prestación de la protección social, pues lo que en principio se consideró como “forma complementaria” de seguro, negociables por los empleados, terminó por convertir en marginal el sistema general, en este caso no negociable laboral sino políticamente.

Si el ciudadano ingresa a la categoría de empleado, tiene derecho a una pensión estándar adecuada a sus cotizaciones en el sistema de seguridad social, de suerte que, servido del seguro privado, por su capacidad de negociación, puede asegurarse una renta en la vejez igual a la del tiempo de su vida laboral activa; en cambio, si no ha corrido con la suerte del trabajador medio, puede esperanzarse en una medida asistencial —parecida a la caridad y beneficencia premodernas— que le posibilite una renta para la vejez⁷³.

73 Una posición de este tipo que sostiene Francisco Giraldo Isaza (2008), en cuanto al caso colombiano, considera que “para el sistema de protección social que va dirigido a apoyar a los sectores más pobres a través del mecanismo de los subsidios, la asistencia del Estado se ha limitado sobre todo a ampliar la cobertura en salud, educación, y protección a la infancia a través del ICBF con sus programas ‘Hogares Comunitarios’ y ‘Familias en Acción’, respectivamente. La reforma del Estado enfatizó en esta dirección, buscando una mayor eficiencia y ampliando y mejorando las redes de protección social como las descritas. Sin embargo, los logros en este campo están por verse aún. Es verdad que la cobertura en educación, salud, vivienda, atención a los niños de Bienestar Familiar y

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional•

Coincidencias y puntos de fuga de los modelos históricos

Tanto para la seguridad social como para las pensiones, el modelo universal anglosajón y el modelo profesional germánico son solo tipos ideales, pues en su forma pura dichos sistemas no existen. Como sucede prototípicamente en América Latina:

[...] en los sistemas de seguro social han ido incorporando elementos y características del sistema inglés, de manera que hoy la mayoría de los modelos son mixtos, por cuanto están conformados por elementos originarios tanto del sistema clásico de seguros sociales obligatorios como del sistema de seguridad social inglés. Tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de la incorporación de las pensiones mínimas que hoy se garantizan acudiendo a criterios de solidaridad de todo el grupo asegurado (Cañón Ortegón, 2007, p. 101).

En este último evento no se asegura una mixtura de los aspectos ventajosos de ambos sistemas, sino una suma de sus inconvenientes, puesto que ambos modelos bienestaristas están fundados sobre unos pilares iuspolíticos, económicos y demográficos ajenos a la realidad latinoamericana, imposibles de alcanzar para los países de la región que no están satisfechos por completo en sus países de origen. El primer grupo de pilares considera la tradición ius-segurista española, de la cual se sirve buena parte de la doctrina latinoamericana para abordar el tema de la seguridad social en pensiones:

Las acciones públicas fundamentales o esenciales (lo que se ha venido a denominar como pilares del Estado de bienestar) de un Estado prestacional y sin las cuales dicho Estado sería incompleto son, al menos, tres [...]. El primero de esos pilares lo constituye la atención (preventiva, curativa, reparadora, recuperadora y rehabilitadora) del estado de la persona que es el soporte de la dignidad personal, del desarrollo de la personalidad y del pleno ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, la asistencia sanitaria o la protección de la salud [...]. El segundo, trata de prestaciones técnicas o de servicios, orientadas a auxiliar a individuos o colectivos que se encuentran en situaciones de marginación social, de fragilidad o de especial necesidad, temporal o permanente, de este tipo de prestaciones, como un apoyo indispensable para el desarrollo de una vida normal, digna y compatible con otras obligaciones u

ancianos ha aumentado, pero este incremento es insuficiente y todavía queda un porcentaje alto de hogares sin ser atendidos. Además, la calidad de la prestación de los servicios no ha mejorado sustancialmente, lo cual puede constarse fácilmente en materia de educación, salud y vivienda que tienden a empeorar por la insuficiencia de recursos adecuados para atender a una población numerosa empobrecida" (p. 19).

opciones sociales, familiares y personales. La expresión que agrupa a todas estas prestaciones es la de servicios sociales, que vienen así caracterizados [...] determinados los espacios, la naturaleza y el contenido de los sistemas nacionales de salud y de servicios sociales, restan, de las prestaciones de tutela, de los pilares del Estado de bienestar, las prestaciones económicas de garantías de ingresos; ya hagan frente a una pobreza real o efectiva, como hacen las prestaciones de recursos mínimos o salarios de subsistencia, ya frente a una carencia presunta de recursos, como tiene lugar en los casos en que los ciudadanos se encuentran en una situación de necesidad económica determinada por la pérdida de los ingresos que antes venía obteniendo en razón de su trabajo [...] lo que agrupa las prestaciones que integran este tercer pilar del Estado de bienestar es esa función de procura de los medios económicos a los ciudadanos para afrontar las necesidades, compromisos y carga de esta naturaleza que se suscitan cotidianamente (González *et ál.*, 2007, pp. 23-27).

En realidad, no hace falta mayor experticia ni índices económicos comparativos para percatarse de que la realidad latinoamericana ha estado históricamente muy lejos de alcanzar una perspectiva de Estado prestacional como la que promete el Estado de bienestar europeo. Si acaso, en la región se han presentado —y se presentan— medidas asistenciales de compensación o fórmulas de emergencia para contener problemas sociales de coyuntura, pero nada parecido a una concepción bienestarista de derechos prestacionales. Esta situación se debe, además de factores sociohistóricos y socioculturales, a la imposibilidad de satisfacer los pilares económicos y demográficos que demandan un sistema mixto óptimo⁷⁴: expectativas realistas de pleno empleo formal; renta nacional bruta suficiente, por lo menos, para un gasto social superior o igual a un tercio del presupuesto nacional; ingresos por persona muy superiores al índice internacional de pobreza; un índice de Gini que ronde un 30 %; un crecimiento poblacional sostenido

74 Hubo un tiempo en el que el sistema híbrido español era un buen ejemplo de mixturización de las ventajas de los modelos-tipo. Se afirmaba que “en el caso español, se pone de manifiesto que aún siguen operando las fórmulas derivadas de los seguros privados [...] las prestaciones no asegurarán, por consiguiente, un mínimo vital, sino que estarán en función de las cotizaciones, convirtiéndose en los salarios y reproduciendo las jerarquía previa de los mismos. Pero en el sistema español hay formas de corrección de estas deficiencias, por cuanto se integra también la financiación fiscal, que lleva implícita la idea de un servicio público extendido a todos los ciudadanos que los subvencionan a tenor de su diversa capacidad contributiva; de tal forma que las prestaciones tienden a ser mínimas e iguales para todos al encontrarse en idéntica situación de necesidad” (González *et ál.*, 2007, p. 149). Sin embargo, ese bello ideal español se ha estrellado hoy —desde el año 2008— con la debacle económica que ha convertido su sistema “universal” en caridad pública. Como la CE le ha reclamado en varias ocasiones, su sostenimiento rebasa en mucho la capacidad productiva del Estado español y sus índices demográficos y de empleo confabulan contra el sano equilibrio entre cotizante-tributante-beneficiario. Por lo mismo, entonces, el Estado español como muchos de sus pares europeos está hoy en proceso de reestructurar su sistema pensional.

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

y equilibrado del número de aportantes actuales y el número de beneficiarios reales, entre otros⁷⁵.

Resulta un tanto paradójico que, pese a no haber consumado nada similar a un Estado de bienestar, América Latina sufra los inconvenientes que padece Europa desde hace dos décadas con la crisis del Estado de bienestar⁷⁶, un fenómeno grave, si se atiende que:

El Estado de bienestar de la posguerra se construyó para atender la estructura de riesgos de su época. Su cliente prototípico era un obrero industrial no cualificado o semi-cualificado, el que la OCDE denomina “obrero de producción medio”. Los principales riesgos de clase se definían en referencia a la antigua Arbeiterfrage, la cuestión obrera, del período anterior a la guerra. Ya fuera este planteamiento universal, restringido o corporativista, el logro del Estado de bienestar fue que estableció (más o menos) un puente en la división de clases, incorporando (más o menos) de la

75 Es evidente que todas estas condiciones rebasan la órbita jurídica, de modo que hoy es ingenuo pensar en “leyes de pleno empleo” para asegurar la sostenibilidad financiera a largo plazo; no obstante, reconocer esto tampoco implica que los medios legales no tengan incidencia sobre los procesos reales de cambio entre capital-fuerzas sociales-fuerzas políticas en lo que respecta a las pensiones, como se detallará en los próximos capítulos. Algunas cifras dicientes acerca de la imposibilidad de alcanzar los toques “exigidos” para un Estado de bienestar en América Latina y en muchos países de Europa- puede verse en Hardy (1997).

76 América Latina no ha sido la única región del mundo afectada por el proceso de reestructuración “neoliberal” o de ajuste económico; sin embargo, a diferencia de África o el Este asiático, “la región ha tenido que abandonar la idea que durante años orientó los esfuerzos de la industrialización: la posibilidad histórica del crecimiento ‘hacia dentro’, impulsado por la ampliación del mercado interno y basado en la sustitución de importaciones [programa Alianza para el Progreso]. No se trataba de evadir la inserción en el nuevo orden internacional que se construía en esos años, sino explorar una senda de internacionalización de América Latina a partir de la creación de nuevos términos de la relación con el resto del mundo [...]. Alejandro Foxley usa un esquema de tres etapas para entender la transición de las economías latinoamericanas: la primera etapa estaría caracterizada por un ajuste aplicado conforme a la ortodoxia recomendada por el FMI. Las políticas fiscal y monetarias restrictivas permitirían eliminar el déficit público y el de la cuenta corriente por la vía de la contracción de la demanda agregada, con un alto costo en términos de crecimiento y disminución de empleo [...]. En una segunda etapa se pretende un cambio estructural muy rápido [...] este cambio consistió en una revisión del papel del Estado en la economía y en las relaciones económicas con el exterior: apertura comercial, privatización y desregulación, y una liberalización financiera extensa [...] las políticas de control de la inflación que impone el marco de la globalización, introducen un componente recesivo o de contención, de mucho peso en las políticas latinoamericanas: restricciones fiscales del gasto público [...]. La tercera etapa estaría definida por los componentes actualizados de un proceso de desarrollo sostenido: crecimiento recuperado, generación de empleos suficientes y cada vez más remunerados, mejoría en el ingreso a mediano plazo. Alcanzar esta etapa debía ser la consecuencia lógica de las dos primeras, pero además, el que ello se lograra constituiría el argumento político para asumir el costo social del ajuste [...]. Sin embargo, cuando la población ha soportado las dos primeras fases pero el crecimiento alto y sostenido no llega, el capital político gastado en el consenso del cambio se encuentra ya muy desgastado para pedir sacrificios adicionales. Esto se debe a que la naturaleza del ajuste y del cambio estructural propicia una mayor concentración del ingreso y de las oportunidades, pues para estabilizar una economía es necesario recortar el gasto público y en particular ahí donde es más fácil hacerlo: en los rubros sociales [en el caso de las pensiones en los subsidios y asignaciones a cargo del Estado]. Esto aunado al deterioro de los salarios reales [por la flexibilización y desregulación laboral], lleva necesariamente a una pérdida significativa en el bienestar de la mayoría de la población, previamente precario e insuficiente” (Cordera Campos, 1999, p. 278).

clase trabajadora como ciudadanos sociales. Con el Estado de bienestar se forjaron nuevas solidaridades que trascendían las clases [...]. La estructura de riesgos estaba configurada también por el optimismo keynesiano del pleno empleo sostenido y la garantía de que incluso los trabajadores cualificados obtenían puestos de trabajo estables y bien remunerados. De hecho, los principales arquitectos del Estado de bienestar de la época —desde lord Beveridge en Gran Bretaña hasta F. D. Roosevelt en Estados Unidos— defendían firmemente que los auténticos pilares del bienestar eran los empleos y las familias, y no el Estado de bienestar [...]. Hoy esta descripción parece casi irreconocible. Por todas partes descubrimos nuevas clases de perdedores [...] la vieja esperanza pluralista consistente en que todos nos fundiríamos en una clase media satisfecha ha sido remplazada por el temor a la polarización y la clausura [...]. El modo en que los distintos regímenes del bienestar se enfrenten a la globalización, el envejecimiento y la inestabilidad familiar: un fallo simultáneo del mercado y la familia, dependerá de su respuesta tanto al problema del empleo como a la nueva demografía del envejecimiento y al comportamiento familiar. La nueva disyuntiva “igualdad-empleos” ha generado dos tipos de respuestas estratégicas distintas. En las economías “descoordinadas” (principalmente los regímenes liberales anglosajones) ha predominado la desregulación a través de la flexibilidad salarial, la decadencia del sindicalismo y el debilitamiento de la protección del empleo [...]. En contraste, las economías “coordinadas” (que representan a la mayoría de los países miembros de la Unión Europea) han optado por una estrategia de producción de calidad y salarios elevados, que privilegian el núcleo estable de trabajadores cualificados, en detrimento de los “externos” [...] la premisa subyacente es que la carga presupuestaria de la jubilación anticipada GøstaEsping-Andersen, 2000, pp. 193-196).

Parece que hoy día la clave de bóveda en la particular situación de agotamiento de los modelos clásicos referidos, no obstante sus particularidades, es su proclividad al acercamiento progresivo a la privatización, es decir, al acoplamiento de los principios iusgarantistas de orden jurídico-político que sostuvieron el Estado de bienestar a las reglas del mercado. Como se ejemplifica en los casos de Alemania e Inglaterra, las cunas de los modelos clásicos, lo que ha detenido los intentos de “reforma estructural” impulsados desde la ortodoxia neoclásica del Banco Mundial y el FMI en dichos países ha sido la misma organización social que dio origen a los sistemas de seguridad social⁷⁷. De ahí que, desde una pers-

77 En la actualidad, Europa sufre varios procesos de reforma de los sistemas de seguridad social y de pensiones: “[...] en el caso de Alemania, con la conocida como reforma Riesterde 2001, se persiguen varios objetivos, el primero, la estabilización de las tarifas de cotización, el segundo, la disminución de la tasa de reemplazo de la pensión básica, el tercero, la promoción de los niveles complementarios, especialmente mediante el fomento de

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

pectiva histórica-crítica, se puede concluir que el origen de los sistemas de seguridad social tipo no obedece a ningún proceso evolutivo ni cosa semejante, sino a las concretas relaciones económicas de lucha entre los capitalistas (congregados, muchas veces, en la dupla multinacionales-Estado) de los países industrializados

cuentas individuales de carácter voluntario. Paralelamente se producen otras reformas en el ámbito de la pensión de invalidez y de viudedad, se mejoran los créditos de pensión por cuidados de hijos y una mayor revalorización de los puntos en los supuestos de trabajado a tiempo parcial cuando éste se concilie con esos cuidados, se permite que las mujeres generen derechos propios de vejez y no derivados de su cónyuge mediante la técnica del splitting y se introduce un mínimo de vejez distinto de la ayuda social. La reforma prevé el incremento máximo que puede alcanzar el tipo de cotización, desde un 19 % en el momento de esa reforma (en la actualidad está situado en el 19,9 %) a un 22 % en 2030, es decir 3 puntos. Por otra parte, se trata de reducir la tasa de sustitución a través de una nueva fórmula de revalorización de las pensiones. En un sistema por puntos como el alemán, el cálculo de la pensión es el resultado de número de puntos personales acumulados a lo largo de toda la vida laboral (los puntos se obtienen dividiendo los salarios anuales del asegurado por la media general del conjunto de ellos) multiplicado por un factor, o valor del punto, que determina el montante de la pensión en el momento de la jubilación [...]. Como contrapartida a esa reducción de la tasa de reemplazo de la pensión básica, la reforma pone en marcha un sistema voluntario de cuentas individuales por capitalización, cuyas aportaciones a partir de 2008 quedan fijadas en un máximo del 4 % del salario, y que cuenta con subvenciones públicas de cuantía variable para los hogares de menor renta según su composición (la subvención es doble por matrimonio y también hay subvención por cada hijo) y con bonificaciones fiscales para el resto [...]. A partir de la reforma de 2001, y por presión sindical, se faculta que los trabajadores mediante acuerdo colectivo puedan destinar una parte de sus remuneraciones a un régimen de empresa con los mismos beneficios y requisitos que en el régimen de cuentas individuales: Mediante otras reformas en 2003 y 2004, se da una vuelta de tuerca más mediante varias medidas de las que se destacan las siguientes. La primera, una nueva modificación en la revalorización del punto de jubilación; la referencia ya no será el salario medio del conjunto de asalariados, incluidos los funcionarios, sino solamente el de los asegurados. La segunda, la introducción de un factor de estabilización que tendrá en cuenta la tasa de dependencia demográfica en el cálculo de la revalorización del punto, lo que conducirá automáticamente a una menor revalorización de dicho factor. La tercera, el fin de la exoneración fiscal de las pensiones. A partir de 2005 se introduce de forma progresiva, durante un periodo de 35 años, la tributación al impuesto sobre la renta [...]. Las reformas no se han parado ahí, pues también han incidido sobre uno de los principales parámetros de las pensiones, la edad de retiro. Si bien con aplicación progresiva, ya la reforma Riester estableció la edad legal en 65 años para ambos sexos a partir de 2004 y la elevación, entre 2006 a 2008, desde los 60 años a los 63 años en los supuestos de jubilación anticipada por desempleo [...]. La ampliación de la edad estándar de jubilación está presente en otras agendas. En el Reino Unido, por ejemplo, entre las propuestas del Libro Blanco para la reforma de la pensión de jubilación, presentado por el Gobierno el 25 de mayo de 2006 en la Cámara de los Comunes, se contempla el incremento progresivo de la edad de jubilación. A partir de 2024 ésta quedará fijada en 66 años, a partir de 2034 en 67 años y a partir de 2044 en 68 años de edad. Bien es cierto que esta medida se acompaña de otras medidas cuyo resultado es la mejora de la cuantía de las pensiones a cambio de una jubilación más tardía. La reforma de las pensiones en 1980 en el Reino Unido, entonces sin ningún problema demográfico y/o económico a la vista, supuso, entre otras medidas, la reducción drástica de las pensiones complementarias públicas (que complementan la pensión básica uniforme garantizada por el Estado) al basar el cálculo de la pensión no en la actualización según salarios sino sobre precios. Además de reducir su cuantía desde el 25 % del salario medio de los 20 mejores años al 20 % de toda la carrera, se fomentó la desafiliación al régimen complementario público en favor del ahorro individual o de empresa, lo que debilitó la base financiera del sistema público. Desde entonces, los debates se han centrado en las consecuencias, en términos de pobreza, de aquella reforma pues las pensiones que garantiza especialmente a los asegurados de menores rentas no permite escapar de la pobreza. Las propuestas del Libro Blanco, aun manteniendo el sistema, plantea una serie de mejoras como las siguientes: la reducción del número mínimo de años de cotización para tener derecho a la pensión pública y la vinculación de las pensiones públicas con el salario en lugar de los precios, es decir, la vuelta a la situación anterior a la reforma de 1980 si bien considerando toda la vida laboral" (Frades Pernas, 2007, pp. 11-14).

(los primeros sistemas de seguridad social se desarrollaron en las potencias en competencia) y sus trabajadores organizados, bien en forma sindical o no.

El instituto pensional moderno se explica y evoluciona por factores socioeconómicos concretos y no por doctrinas, ideologías o políticas, por muy altruistas que sean estas y que, dicho sea de paso, siempre van a la zaga. Un sistema de seguridad en pensiones actual no puede ser estudiado de manera realista, sin caer en una perspectiva monodisciplinar y desatender la movilización de las fuerzas concurrentes en la materia: para el caso presente, la capacidad movilizadora y de negociación de los trabajadores sindicalizados.

Clasificaciones del instituto pensional

Se presentarán ahora dos grandes criterios de división del instituto pensional: el objeto de atención (las contingencias a atender) y la fuente del sistema-régimen (fundamentación-financiación). Empero, en esa perspectiva general, con miras a alimentar el análisis del nacimiento del instituto pensional y de la organización sindical en Colombia que se llevará a cabo en el próximo capítulo, se parte de considerar que las pensiones vienen delimitadas, por una parte, por su ámbito objetivo de aplicación (características de las contingencias previstas por el régimen o sistema pensional) y, por otra, por las condiciones subjetivas (de los destinatarios) contempladas en los grados de protección para que los ciudadanos puedan hacerse a este derecho-beneficio⁷⁸.

Criterios preliminares

Aun cuando es apenas obvio que la división planteada solo tiene carácter epistémico o propedéutico —dado que la pensión presume el cese en el trabajo por cuenta ajena, pues este constituye la situación de necesidad de protección de la contingencia protegida—, no deja de ser menos cierto que, a efectos de

78 Se emplea aquí la doble acepción para involucrar las perspectivas alternativas de definición del instituto pensional como fueron señaladas arriba, aun cuando, en cierta forma y guardadas ciertas reservas, se apoya la tesis de Cortés González (2009) respecto a que “las prestaciones de la protección social son derechos y no beneficios o dádivas o subsidios revocables, pues más allá de los servicios emanados de la política social del Estado, hacen parte del haz de beneficios socialmente y se han definido como mínimos para asegurar las condiciones económicas dignas de subsistencia, dentro del sistema público obligatorio. Otra cosa es que a las aludidas prestaciones puedan dominárseles ‘beneficios’ para ser consecuente con la idea según la cual la materialidad de la protección social se concreta en planes de beneficios por subsistema” (p. 79).

comprender cada una de las variables, condiciones y limitantes del instituto pensional, es pertinente adoptar la división entre el ámbito objetivo y subjetivo de su delimitación para entrar en materia de las clasificaciones según objeto y fuente.

Ámbito objetivo

Las pensiones entran en la categoría de las prestaciones económicas, esto es, que “está representada por los emolumentos de tipo económico que entregan las instituciones de la seguridad social a sus afiliados o a sus beneficiarios, cuando un hecho previsto produce la pérdida, disminución o suspensión de los ingresos” (Cañón Ortegón, 2007, p. 172). Por tal razón, tiene una dimensión previsible respecto a los condicionamientos que a ella compromete: una dimensión objetiva.

Aunque la categoría de las condiciones de calificación objetiva son de carácter administrativo y técnico, no dejan de ser legales, pues han de estar soportadas jurídicamente vía reglamentaria. Esto quiere decir que han de estar delimitadas por la política que sostenga el Estado sobre seguridad social, bien de orden “universalista”, “profesional” o mixta. De acuerdo con la división de Martín Fajardo (1975; 1997), según el caso específico, dentro de estas condiciones se contemplan la afiliación al régimen; el tiempo de aporte; el cese o paro laboral producto de la situación protegible (invalidez, retiro forzoso, vejez); la edad del beneficiario; la filiación o condición de personas a cargo; la duración del vínculo matrimonial y la ausencia de intencionalidad, dolo o falta grave en el trabajo.

Entre estos condicionantes también se consideran las variables de incremento o reducción de la prestación económica pensional (mesadas) por factores como la existencia de personas sin rentas que viven a cargo de otras (cónyuge, hijos, ascendientes, descendientes, inválidos, etc.); los años adicionales de aporte al sistema; el mayor o menor tiempo de servicio ininterrumpido prestado a un mismo empleador; el grado de invalidez y otras consecuencias del infortunio; el trabajo en labores insalubres o peligrosas; la ausencia de renta o recursos; la atención por más de una institución; el reclamo de la prestación antes del tiempo establecido para su reconocimiento íntegro; la disponibilidad de más de una renta; la pérdida de personas a cargo; la no pertenencia del beneficiario al sindicato o la baja laboral, entre otras (Cañón Ortegón, 2007).

Ámbito subjetivo

En materia de cobertura de la población, según el tipo de sistema que acoja el régimen pensional en consideración, se pueden identificar dos grandes líneas de evaluación subjetiva. Por un lado, están los condicionantes de un sistema “universal”, los cuales se reducen a la calidad ontológica de ser persona miembro de una comunidad jurídica determinada (ciudadanía). Por otro lado, están los condicionantes de un sistema de aseguramiento que se sitúan en diferentes niveles de “desarrollo”, con base en criterios de aplicación como los siguientes:

1. La existencia de un vínculo laboral; 2. La ejecución de una actividad laboral independiente; 3. La existencia de actividades asimilables al trabajo dependiente; 4. La existencia de vínculos de parentesco civil o de consanguinidad con el trabajador; 5. La demostración de una relación de convivencia y/o dependencia económica; 6. La existencia de necesidades individuales derivadas de situaciones como la invalidez, el hecho de estar estudiando, la edad avanzada, la desnutrición, la desprotección jurídica, etc., y 7. La existencia de necesidades sociales que afectan a determinados grupos de población vulnerable y que deban ser protegidas por el sistema de seguridad social mediante mecanismos de solidaridad (Cañón Ortegón, 2007, pp. 157-158).

En este último caso, además de las consideraciones de orden administrativo (afiliación, duración en el empleo, cotizaciones, edad) que implican la demostración de tal o cual situación para la obtención del derecho-beneficio, pueden agregarse condicionantes de orden médico o “notarial”, como en los casos de invalidez y de sobrevivencia. En ellos se han de demostrar el suceso y el vínculo entre este y el “beneficio” pretendido, máxime si se atiende el hecho de que en el sistema de aseguramiento, personas distintas al “titular” del beneficio-derecho pueden recibir su equivalente por parentesco, convivencia o dependencia (Tortuero Plaza, 1997).

El grado de apreciación subjetiva de quien oficiará como beneficiario de la prestación solo puede entenderse por medio y desde el ámbito objetivo de su condicionamiento. En términos factuales, los dos ámbitos no pueden existir de manera separada, aun cuando la forma de su concreción dependa de cómo se relacionen las condiciones en un régimen de aseguramiento “puro” o en alguna de las formas “mixtas” que prevén mínimos asistenciales tipo pensión, a la par de regímenes contributivos administrados desde el sector público o privado.

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

Así las cosas, la satisfacción de los criterios de los dos ámbitos reviste una importancia capital en cuanto a las expectativas generadas por la obtención de la pensión, pues, como bien afirma Cortés González (2009):

[...] en el caso del sistema pensional juegan criterios de edad y período de cotización, especialmente en lo que respecta a los regímenes de beneficios definidos (contributivo). [...] en tanto no se cumplan los requisitos no se cuenta con el derecho a la pensión, no obstante lo cual los titulares de la protección tienen un derecho a que el Estado, como regulador del sistema, no altere sustancialmente las condiciones para la consolidación del derecho (p. 77).

Por ende, puede afirmarse que las formas de reconocimiento de la prestación, pese al alto componente técnico administrativo, están jurídicamente tuteladas y, cuando exista alguna “infracción” a las mismas, es posible recurrir a las vías judiciales ordinarias (civiles, penales, de ejercicio de función jurisdiccional por autoridad administrativa o de acción ordinaria complementaria como la responsabilidad civil extracontractual a cargo de un empleador), las vías judiciales extraordinarias de amparo (de orden iusfundamental o constitucional) o a los mecanismos constitucionales de reclamo y control allí donde los hubiera (en el caso colombiano, la acción popular).

Clasificación según su objeto

De las contingencias previstas por la seguridad social que, desde un ámbito objetivo, son de especial relevancia para el caso de las pensiones, se encuentran:

3. La invalidez, o pérdida de la capacidad vital y/o laboral para procurarse un ingreso o para atender las necesidades esenciales y que, para efectos de la cobertura de la seguridad social, se pueden clasificar en la incapacidad temporal, la incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total o gran invalidez, con sus manifestaciones de invalidez, discapacidad o minusvalía, las cuales no constituyen otra cosa que grados para medir la pérdida de habilidades, destrezas, aptitudes [...]. 4. La vejez, condición generada por el transcurso del tiempo o la edad de la persona, consistente en una pérdida de su vigor, que necesita del descanso y los medios necesarios para una subsistencia digna, la cual constituye un objeto de protección por parte de la seguridad social a través de mecanismos como las pensiones de jubilación, las asignaciones de retiro, el retiro forzoso o de vejez, etc. concedidas a una edad establecida o bajo circunstancia determinada. 5. La muerte, hecho inevitable y de carácter natural

o no, cuya situación genera las situaciones de orfandad o de viudez, que deben ser protegidas por la seguridad social con beneficios como la pensión de sobrevivientes, las sustituciones de pensión, las indemnizaciones sustitutivas, los auxilios funerarios, etc., con los cuales se trata de compensar o restituir la pérdida de los ingresos. 6. Los accidentes de trabajo, entendidos como aquellos sucesos imprevistos que producen una perturbación funcional, una invalidez o la muerte, por causa o con ocasión del trabajo [...]. 7. La enfermedad profesional, entendida como el daño que se produce por la permanente exposición a un riesgo, que genera una lesión orgánica, una perturbación funcional o la muerte, por causa u ocasión del trabajo, o del medio en el cual se ha visto obligado a trabajar, son objeto de cobertura por parte de la seguridad [en su forma de aseguramiento de riesgos profesionales y pensiones, como se verá] para tratar de reparar la pérdida de la salud o la disminución o pérdida del ingreso del trabajador [...]. 13. Las necesidades sociales y la ausencia de recursos para atender las carencias básicas o primarias constituyen también objeto de protección por parte de la seguridad o protección social, a través de mecanismos de solidaridad de la población (Cañón Ortegón, 2007, pp. 166-169).

Como puede observarse, algunas de las situaciones anotadas se refieren directamente a la clasificación tradicional de las pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia en un sistema contributivo. Otras apuntan indirectamente a las primeras (7 y 13) incluso en un sistema “universal” o mixto, pero en ningún caso se hace alusión a las pensiones fruto de decisión judicial (pensión-sanción) o a un estatus especial (régimenes especiales), pues en estos casos el ámbito subjetivo determina el objetivo, al contrario de lo que sucede con las previsiones tradicionalmente consideradas.

Pensión de vejez

Es evidente que, en cuanto su curva de productividad en la vida laboral, todo ser humano está limitado por factores biológicos previsibles (enfermedad, gravidez y vejez). De esos factores, solo la vejez puede ser considerada en un ámbito objetivo puro para el caso de las pensiones, ya que no involucra a la familia —como en el caso de las pensiones de sobrevivientes— ni depende de consideraciones subjetivas objeto de demostración —como en el caso de la invalidez—. A primera vista, parece fácil definir la pensión de vejez como “la prestación social representada en un remuneración mensual permanente que se obtiene por la cotización

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

al sistema pensional durante un número mínimo de semanas, el cumplimiento de edad y las demás condiciones señaladas por la ley” (Pachón Lucas, 2009, p. 179).

No obstante, puesto que en el sistema contributivo la pensión puede ser entendida como el “reconocimiento de un ahorro”, sería insostenible el condicionamiento, en términos de edad o semanas cotizadas, para la retribución del mismo en proporción a lo ahorrado. De tal manera, existe un componente externo al pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en los condicionamientos impuestos para el reconocimiento de la pensión de vejez. Este componente, desarrollado legalmente por el Estado, es de un cariz paternalista no liberal, pues en últimas son las políticas gubernamentales (no de Estado, en la medida en que no obedecen a decisiones concertadas entre los diversos grupos de interés ni tienen una perspectiva de largo plazo) las que terminan por definir cuándo se es viejo y en qué circunstancias (normas de transición o estatus especial), para efectos de adquirir el derecho-beneficio de la pensión (Ruprecht, 1997).

Semejante paternalismo también se presenta en los sistemas universales o mixtos, ya que en un Estado bienestarista o asistencialista los condicionamientos respecto a la edad de jubilación (y aquí sí se puede usar ese término) (Pachón Lucas, 2009) son fruto de una estipulación media entre las esperanza de vida de la población, las variables del mercado laboral, los índices de crecimiento macroeconómico y las presiones generadas al presupuesto por las cargas pensionales en relación con los ingresos tributarios.

Con razón afirma Arenas Monsalve (2006), de acuerdo con la posición de la OIT⁷⁹, que los principales problemas al considerar las prestaciones de vejez son:

.....
79 “La concesión de las prestaciones de vejez depende generalmente de dos condiciones principales: la edad prescrita para la pensión y el período de calificación para adquirir derecho a las prestaciones. Por otro lado, como se indica en los capítulos IV y VI, la concesión de las prestaciones o su monto pueden supeditarse a la condición de la comprobación de recursos o a la condición de que el solicitante cese de trabajar [...]. 75. Diversas consideraciones permiten explicar la determinación de una edad a partir de la cual se adquiere el derecho a las prestaciones de vejez. Cabe considerar que, al cumplir una cierta edad, el trabajador adquiere el derecho a gozar de un descanso justificado como contrapartida de lo que ha aportado durante su vida activa; las pensiones concedidas inicialmente a los funcionarios y a los militares obedecían a esta idea de la compensación por los servicios prestados y al principio del derecho al descanso. Cabe suponer asimismo que, a cierta edad, las facultades físicas y mentales del trabajador se ven mermadas, por lo que no sería justo obligarle a continuar sus actividades profesionales; esta idea, basada en una presunción de invalidez, inspiró el primer régimen de seguro de jubilación. Por otra parte, diversos criterios de carácter demográfico, económico y social tales como el nivel promedio de envejecimiento de las personas protegidas, la estructura por edades de la población, el costo de financiación de las pensiones influyen también en la determinación por vía legislativa de la edad prescrita para la pensión. Además, la idea de que el trabajador pueda retirarse de la vida activa a una cierta edad eligiendo libremente ese momento, dentro de un período de tiempo determinado y en forma progresiva, influye cada vez más en las concepciones relativas a la edad y encuentran

- [...] el problema de la edad a partir de la cual se conceden las pensiones. A este respecto existe una gran variedad legislativa. En los países industrializados la edad se sitúa generalmente en los 65 años, mientras que en los países en desarrollo están en su mayoría entre los 55 y 60 años. En muchos regímenes la edad es igual para hombres y mujeres, pero en muchos otros existe diferencia de cinco años menos para las mujeres.

Otro problema complejo es el cambio repentino de la vida activa a la jubilación repentina. Algunos países ofrecen la posibilidad de una reducción progresiva de la jornada con una garantía de ingreso durante esa transición de la actividad a la jubilación. Generalmente este tipo de beneficios no tiene su fuente en las normas del sistema de seguridad social sino en los convenios colectivos.

El pago de pensión de vejez está sujeto, en la mayoría de países, al cumplimiento de cierto número de años de trabajo. Los convenios 102 y 128 de la OIT disponen que deberá garantizarse una prestación reducida a quienes hayan sumado quince años de empleo. Es frecuente que los períodos de enfermedad, maternidad o embarazo se tengan como cotizados si se recibieron prestaciones por esos conceptos, pues son períodos de inactividad involuntarios, pero no siempre es así, lo que genera dificultades.

En la mayoría de países, las pensiones de vejez se conceden en una cuantía proporcional al nivel de vida anterior de los beneficiarios [...] generalmente las pensiones

fiel reflejo en las disposiciones que introducen cierta flexibilidad en la edad prescrita para la pensión o en las correspondientes a una jubilación parcial [...]. 76. De conformidad con el artículo 26 del Convenio núm. 102 y el artículo 15 del Convenio núm. 128, la contingencia cubierta es la supervivencia a partir de una edad prescrita por la legislación nacional o en virtud de ella, que no deberá exceder de 65 años. En virtud de los términos de estas disposiciones, los Estados tienen la posibilidad de reducir esa edad. 77. Ahora bien, los dos Convenios contienen una cláusula de flexibilidad que, en determinadas condiciones, permite fijar una edad superior a los 65 años si existen ciertos motivos particulares. Así, el párrafo 2 del artículo 26 del Convenio núm. 102 prevé que la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, 'teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate'. Cabe observar que el texto preparado por la Oficina a raíz de la primera discusión en la Conferencia preveía la posibilidad de autorizar una edad superior a los 65 años 'a condición de que el número de residentes que hayan alcanzado esa edad no sea inferior al 10 por ciento del número total de residentes mayores de 15 años que no hayan alcanzado la edad en cuestión'. Este proyecto de texto tendía a contemplar la situación de los países en los que la esperanza de vida es muy alta y, en los que por consiguiente, una gran proporción de las personas de edad pueden considerarse aptas para el trabajo. No obstante, en aras de flexibilidad, la Conferencia adoptó un texto en el que se renunciaba a esa justificación de orden estadístico, manteniendo únicamente la idea subyacente de la capacidad de trabajo de 'las personas de edad avanzada'. 78. Al elaborar el Convenio núm. 128 se volvió a la idea según la cual la elevación de la edad debería basarse en criterios respaldados por estadísticas justificativas. En efecto, en virtud del párrafo 2, artículo 15 del Convenio núm. 128, la autoridad competente podrá prescribir una edad más elevada 'habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos'. Esa justificación, que apunta a respaldar tales criterios, tiende a sustentar la excepción en consideraciones objetivas que permitan facilitar la tarea de los órganos de control. Entre los criterios que han de quedar justificados por estadísticas pueden figurar, por ejemplo, la esperanza de vida de la población y la tasa de actividad de las personas de edad" (OIT, 1989, pp. 39-41).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

tienen límites mínimo y máximo [consideración que es de por sí un problema, en atención al criterio salario-pensión].

Un problema general de los sistemas de pensiones es, además, el de hacer frente a la inflación a los caprichos de la coyuntura económica. Al respecto se admite en la comunidad internacional que la sociedad debe dar protección, dentro de sus posibilidades, a la población más anciana. Para resolverlo, los sistemas pensionales tienen establecidos mecanismos de modificación de la cuantía de las pensiones basados en el IPC.

Debe mencionarse, finalmente, el problema demográfico. En muchos países, y en especial los industrializados, el número de personas de edad va en aumento tanto en cifras absolutas como en proporción a la población total. Circunstancia que afecta los regímenes pensionales porque altera la relación entre los sectores activo y pasivo de la población (pp. 50-51)⁸⁰.

Como se advierte, una definición cabal de la pensión de vejez o de jubilación —que incluya todas las aristas correspondientes a todos los sistemas de previsión o aseguramiento social— depende de un buen número de consideraciones (políticas, económicas, demográficas, etc.), lo que imposibilita una descripción plena. Por ello, apenas se sugiere entender esta pensión como un tipo particular de prestación económica, pagadera en períodos regulares, equivalentes al del pago de los salarios y derivada del cumplimiento de una cierta edad.

Pensión de invalidez

Está sujeta a consideraciones subjetivas con demostración médica y legal, dado que la obtención del beneficio-derecho no es de orden natural, sino sobreviviente. Gerardo Arenas Monsalve (2006) considera que la pensión de invalidez no es otra cosa que una forma de pensión de vejez anticipada, condicionada a las circunstancias de invalidez previstas por el Legislador en el correspondiente sistema⁸¹.

80 Sobre el último punto, Robin Blackburn (2010) sostiene que “la posibilidad de que la *ratio* de trabajadores y pensionistas caiga de 3 a 1 en 2000 hasta 2 a 1 en 2050 se presenta como una amenaza para la civilización tal como la conocemos que no toma en cuenta, o lo hace muy modestamente, factores compensatorios como a inmigración, la jubilación tardía, los índices más empleo o el crecimiento de la productividad” (p. 101).

81 Las circunstancias de invalidez remiten a los accidentes o las enfermedades incapacitantes —sin importar su origen— que según la Clasificación internacional de enfermedades (CIE-10) y adoptadas por los organismos internacionales especializados (OMS-OPS), constituyen detrimento en las capacidades, facultades y aptitudes necesarias para el desarrollo de un proyecto de vida óptimo.

En esta descripción hay cabida para los sistemas universales, profesionales o mixtos, porque deja en manos de cada régimen particular la delimitación precisa del tipo de incapacidad para la cual no tiene valía el beneficiario de la pensión. No obstante, dice muy poco acerca del aspecto capital del ámbito subjetivo, que se impone al objetivo de la vejez, en la determinación del estado de incapacidad. En otras palabras, dice muy poco sobre mucho. De allí que Alfredo Ruprecht (1997) prefiere referirse a la pensión de invalidez como “una incapacidad protegida de carácter profesional, por lo que se la debe considerar como incapacidad laboral a los efectos de la protección que le depara la seguridad social” (p. 717).

En esa perspectiva, este tipo de pensión es un objeto de protección propia de los sistemas de aseguramiento contributivo o mixtos, ya que se relaciona con la incapacidad para el trabajo y, por ende, con la imposibilidad temporal o permanente de valerse por uno mismo. Ello supondría que dicho aseguramiento estaría fundando en el hecho de ser o haber sido trabajador y no en la condición ontológica de ser persona porque, en este último caso el pago de los emolumentos a los inválidos tendría la forma de asistencia social y no de la seguridad social.

En efecto, dadas las diferencias con el conjunto de contingencias protegidas bajo el rubro de los “riesgos profesionales”, la invalidez generadora de pensión se reconduce al “reconocimiento pensión a que tiene derecho la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el cincuenta por ciento (50 %) o más de su capacidad laboral” (Pachón Lucas, 2009, p. 170). Esta definición no es ajena a los limitantes conceptuales de la OIT al respecto⁸² y a los problemas que, según Arenas Monsalve (2006), plantea esta prestación y que se sintetizan en:

82 El Convenio 128 señaló: “Parte II. Prestaciones de invalidez. Artículo 7. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte. Artículo 8. Convenios OIT. La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad sea permanente o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial. Artículo 9. 1. Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; c) sea a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 28. 2. Cuando esté en vigor una declaración hecha en virtud del artículo 4, las personas protegidas deberán comprender: a) sea a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25 por ciento de todos los asalariados; b) sea a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales que constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados en empresas industriales. Artículo 10. La prestación de invalidez deberá consistir en un pago periódico calculado: a) de conformidad con las disposiciones

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

- [...] el problema de definir y evaluar la invalidez. Las legislaciones se mueven en tres conceptos: invalidez física (pérdida de la capacidad física o mental independientemente de sus consecuencias económicas y laborales), invalidez profesional (imposibilidad de continuar desempeñando la actividad que se ejercía) e invalidez general (imposibilidad de aprovechar cualquier oportunidad del mercado laboral). En casi todos los países se exige cierto grado mínimo de incapacidad, el cual se suele expresar como un porcentaje.

El problema de la evaluación es complejo. La legislación de cada país prescribe los criterios para determinar la invalidez y medir su gravedad. La OIT señala que en el personal de toda institución, que administre un régimen de prestaciones de invalidez, debe haber especialistas en las distintas disciplinas, pues los certificados médicos nunca son el único medio de la evaluación [...].

- Al igual que en las pensiones de vejez y sobrevivientes, el derecho a la prestación de invalidez depende del cumplimiento de un período de cotizaciones o de empleo. Esos períodos varían considerablemente en la práctica: existen unos regímenes que no imponen período alguno; en otros se requiere haber estado por un período mínimo.

- Respecto a la cuantía de las prestaciones, la mayoría de los regímenes la calculan con la misma fórmula que las prestaciones de vejez o expresan el monto de las prestaciones de invalidez cierto porcentaje de las de vejez, pero fijando siempre una misma cuantía mínima [...]. Aunque la generalidad de los regímenes protege sólo la incapacidad total, en varios países la protección se ha extendido a grados menores de incapacidad mediante prestaciones más reducidas que las otorgadas por la invalidez total.

- Un aspecto directamente relacionado con las prestaciones de invalidez son los servicios de readaptación. Algunas veces se organiza dentro de otros programas sociales y otras veces corresponde su administración al sistema de seguridad social. El Convenio 128 de la OIT establece que los Estados deberán proporcionar servicio de readaptación profesional [...] o para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte a sus calificaciones y aptitudes (pp. 52-53).

del artículo 26 o con las del artículo 27, cuando la protección comprenda asalariados o categorías de la población económicamente activa; b) de conformidad con las disposiciones del artículo 28, cuando la protección comprenda a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de un límite prescrito. Artículo 11.1. La prestación mencionada en el artículo 10 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: a) a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia; o b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación de tres años de cotización y en cuyo nombre se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual o número anual alcancen un valor prescrito" (OIT, 1989, p. 139).

Está de más remarcar que, en el caso de las pensiones de invalidez, el ámbito subjetivo determina la prestación y su alcance en razón a una medida de conjunción entre las variables de edad, sexo y ocupación. Así, entonces, no es posible establecer *prima facie* una situación de invalidez o el grado de su intensidad sin atender a las particularidades subjetivas de cada caso. No obstante, existen ciertos criterios internacionalmente aceptados para considerar los grados de afectación-incidencia de una situación: i) la necesidad de la aplicación de un tratamiento o proceso “curativo” previo a la lesión o patología medido en términos de resultados; ii) el carácter definitivo o temporal del proceso invalidante; iii) la determinación objetiva de la lesión o patología, y iv) la gravedad de las reducciones anatómicas o funcionales (Ruprecht, 1997).

Además de las precisiones anotadas, ha de tenerse en cuenta la preexistencia de la patología o lesión, al inicio de la vida laboral y a la contribución —caso en el que no hay condicionante para la obtención del derecho-beneficio—, así como la agravación de la misma, su sucesión, fruto del desempeño de la actividad lucrativa que propiciaba el nexo contribución-seguro; en tal evento, sí hay campo para la obtención del derecho-beneficio pensional, pero en una medida menor a la de una prestación originada por un patología o lesión provocada en el ejercicio laboral.

Como puede notarse, si en el caso de la pensión de vejez el principal inconveniente es el del establecimiento de la condición laboral de “viejo”, en el de la invalidez está en la delimitación propia de la categoría de la incapacidad y su graduación. Al fin de cuentas, esto tiene que ver con la política que tenga cada Estado sobre pensiones en relación con los sectores activo y pasivo de la población, con el índice de empleo formal e informal, con la sostenibilidad financiera del sistema en conjunto y con el gasto social fiscalmente sostenible y previsible entre generaciones. De este modo:

[...] la incapacidad para el trabajo pone en marcha un proceso dinámico, del que no es posible establecer a priori las fases de su devenir natural [...]. Por tanto sólo se puede decir que tiene lugar la situación de necesidad que justifica la prestación [pensional, en este caso] de incapacidad cuando exista alteración de la salud que incida de forma determinante en la capacidad de trabajo del sujeto (González *et ál.*, 2007, pp. 269, 272).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

Pensión de sobrevivientes

La denominada pensión de sustitución o de sobrevivientes se entiende como el cargo a una persona distinta al beneficiario original del derecho a la prestación adecuada a este en los términos y las previsiones que cada sistema estipule para ello. No obstante, son comunes a todos, los supuestos: i) de muerte del beneficiario-afiliado-contribuyente original, y ii) del nexos familiar o cuasifamiliar entre este y el beneficiario último del derecho-prestación⁸³. Por ello, se dice que “es una protección establecida para el beneficio de la familia, de la que el causante (cotizante) no puede disponer a voluntad, sino con las formas y alcances que las leyes de seguridad social determinan” (Ruprecht, 1997 p. 724).

Lo fundamental en la misión de la cobertura de una pensión o prestación de superviviente es proteger de forma más estrecha —en términos de sus relaciones familiares, afectivas y económicas— a una persona asegurada, contribuyente pues desde que las situaciones de orfandad y viudez —en el contexto de una familia monógama patriarcal “tradicional”⁸⁴— fueron tenidas en cuenta como contingencias objetos de protección. Aquí, el instituto pensional se extendió más allá de su órbita individual de origen. De ahí que las formas de pensión más activas sean:

[...] las prestaciones económicas directas que cubren o sustituyen la pérdida o disminución de ingresos familiares generada por el fallecimiento de una persona (que se puede encontrar en activo o ser pensionista de incapacidad permanente o de jubi-

83 Se habla de un nexo cuasifamiliar en el entendido de que, como ha sucedido en muchos países como Colombia, muchas legislaciones o tribunales constitucionales han venido reconociendo los derechos patrimoniales y presenciales a parejas del mismo sexo, sin modificar las definiciones legales, civiles o constitucionales de “familia” construidas en la perspectiva monogámica tradicional.

84 El estudio de GøstaEsping-Andersen (2000) sobre los cambios que en la estructura familiar suscitó la entrada de la mujer al mercado laboral le permitieron concluir que “el tipo de nexo entre la familia y el Estado de bienestar que sustentó la ‘época dorada’ ligada al Estado de bienestar de la posguerra, en la sociedad posindustrial ha pasado a ser negativo. Los Estados de bienestar contemporáneos ya no pueden contar con la disponibilidad de las amas de casa y madres a tiempo completo. Cuanto más lo hagan, ya sea fomentado el familiarismo o absteniéndose pasivamente de proporcionar una alternativa, más reducirán el bienestar tanto en el nivel micro como en el marco. [...] en el nivel micro, el familiarismo resulta hoy contraproducente para la formación de las familias y la oferta de mano de obra. Esto representa una baja fecundidad, unos bajos ingresos familiares y un mayor riesgo de pobreza: la tasa de pobreza infantil en las familias con una sola fuente de ingresos es 3-4 veces más elevada que en las familias con doble fuente de ingresos (es decir, aquellas en las que trabajan los dos miembros de la pareja). En el nivel macro, implica una pérdida del capital humano (en la medida en que se elimina la oferta de la mano de obra femenina con un buen nivel educativo). Pero, sobre todo, el familiarismo se ha convertido en el talón de Aquiles del propio Estado de bienestar: unos bajos niveles de empleo femenino remunerado significan también una menor base impositiva; y la baja fecundidad amenaza hoy la viabilidad financiera básica de los Estados de bienestar en el futuro” (pp. 97-98).

lación) para los familiares que convivieran con éste, y que dependiesen económicamente de él (González *et al.*, 2007, p. 294).

Dado que la filiación parental-afectiva y económica es determinante en la configuración legal de la necesidad en cualquiera de sus formas —la referida a los hijos, al cónyuge superviviente o a otros familiares dependientes del asegurado (nietos, hermanos, madres, padres, etc.)—, la concreción subjetiva y temporal del beneficio-derecho se sobreentiende desde el momento del fallecimiento del sujeto causante. Por ello, en todos los sistemas de carácter contributivo o mixto existen múltiples condicionantes para demostrar tal evento en dos perspectivas correlativas, aunque separadas: la perspectiva de los requisitos generales que se refieren al sujeto que fallece (condicionantes equiparables, salvo que la persona fallecida ya estuviera jubilada, a los de la prestación del derecho-beneficio de la pensión de vejez: afiliación, período de cotización, etc.) y la perspectiva específica de los sujetos supervivientes (referidas a la demostración del vínculo parental, edad de convivencia, etc.).

Como en los regímenes “universales” y en algunos de carácter mixto existen medidas “asistenciales” o de “beneficencia” excepcional que pueden o no considerarse un derecho subjetivo real semejante a una “sustitución”, es indispensable precaverse de la naturaleza derivada del derecho pensional de sobrevivientes, naturaleza que no se comparte con ninguna medida asistencial universal. No obstante, esto no evita algunos problemas referidos a esta prestación y que Arenas Monsalve (2006) sintetiza en:

-El problema de los cambios en la concesión de pensión vitalicia por el hecho de la viudez que ahora examina otras condiciones como la edad, los hijos, etc. Aunque la viuda sigue siendo la principal beneficiaria en los regímenes de prestación de sobrevivientes, especialmente si queda a cargo de los hijos de su difunto marido o compañero.

-Los sistemas de seguridad social exigen períodos de calificación o períodos mínimos de cotización al sistema para que surja derecho a los beneficios de sobrevivientes. Los Convenios 102 y 128 de la OIT señalan que tales períodos de cotización no deben ser superiores a cinco años de cotización o de empleo, pero en la práctica de los sistemas nacionales, las condiciones [para algunos regímenes especiales] son menos rígidas.

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

-No resulta fácil comparar la cuantía de las prestaciones de sobrevivientes de distintos regímenes, porque habría que comprar sus pensiones de vejez dada la estrecha relación entre ambas, y además porque habría que tener en cuenta los criterios que rigen sobre las prestaciones familiares. Sobre el particular los Convenios 102 y 128 de la OIT disponen que la prestación mínima para una viuda y dos hijos a cargo deba ser equivalente a la pensión de vejez para un matrimonio, y que este monto deba garantizarse después de cumplidos quince años de cotización o de empleo (p. 51)⁸⁵.

.....
85 El Convenio 128 considera: "Parte IV. Prestaciones de sobrevivientes. Artículo 20. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte. Artículo 21.1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia. 2. En el caso de la viuda, el derecho a la prestación de sobrevivientes podrá quedar condicionado al hecho de que tenga una edad prescrita. Tal edad no deberá ser superior a la edad prescrita para la concesión de la prestación de vejez. 3. No se establecerá ninguna condición de edad cuando la viuda: a) esté inválida según sea prescrito; o b) tenga a su cargo un hijo del fallecido. 4. Podrá prescribirse una duración mínima del matrimonio para que una viuda sin hijos tenga derecho a una prestación de sobrevivientes. Artículo 22.1. Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que sea asalariado o aprendiz; b) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; c) sea a todas las viudas, a todos los hijos y a todas las otras personas a cargo especificadas por la legislación nacional, que hayan perdido su sostén de familia, que sean residentes y, si fuera del caso, cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 28. 2. Cuando esté vigente una declaración formulada de conformidad con el artículo 4, las personas protegidas deberán comprender: a) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25 por ciento de todos los asalariados; b) sea a la cónyuge, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales, categorías éstas que constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados en empresas industriales. Artículo 23. La prestación de sobrevivientes deberá consistir en un pago periódico calculado: a) de conformidad con las disposiciones del artículo 26 o con las del artículo 27, cuando estén protegidos los asalariados o categorías de la población económicamente activa; b) de conformidad con las disposiciones del artículo 28, cuando estén protegidos todos los residentes, o los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos. Artículo 24.1. La prestación mencionada en el artículo 23 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: a) a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia. Sin embargo, en el caso de prestación de sobrevivientes para una viuda, el cumplimiento por ella misma de un período prescrito de residencia podrá ser considerado como suficiente; b) cuando, en principio, los cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de tres años de cotización y en cuyo nombre se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual o número anual alcancen un valor prescrito. 2. Cuando la concesión de la prestación de sobrevivientes esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos: a) a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización o de empleo; o b) cuando, en principio, las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a la persona protegida cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de tres años de cotización y en cuyo nombre se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual o del número anual de cotizaciones prescritas a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo [...]. Artículo 25. La prestación mencionada en los artículos 23 y 24 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia" (OIT, 1967, p. 139).

Pese a que resulta fácil entender la pensión de sobrevivientes o sustitutiva como el reconocimiento pensional al que tienen derecho los miembros del grupo familiar, al fallecer el pensionado o afiliado (previo el cumplimiento de los requisitos legales previstos por cada sistema particular), resulta inobjetable también que las características de la prestación se hallan sujetas a dinámicas exógenas al sistema jurídico (conformación de la familia, índices de natalidad y estabilidad laboral por género, promedios de ingreso por núcleo familiar, etc.) (Pachón Lucas, 2009); por ello, su modificación ha de ser siempre objeto de negociación política entre los grupos de interés.

Pensión-sanción

Aunque en términos genéricos la pensión-sanción, es decir, la pensión obtenida mediante decisión judicial favorable al trabajador despedido sin justa causa por el empleador (Pachón Lucas, 2009)⁸⁶ puede entrar en la categoría de las pensiones especiales, en la medida en que es obtenida de forma excepcional y singular a la prevista por el sistema general de aseguramiento pensional, conforma un tipo particular. No obstante, en los casos en los que se obtiene una pensión por medio de ese mecanismo las pretensiones no buscan un tipo distinto de prestación que las pensiones de vejez, invalidez o sustitución⁸⁷.

86 En este punto hay que advertir que la pensión-sanción no puede ser confundida con las pensiones obtenidas por mediación de decisión judicial a cargo del ente público que gestiona los seguros sociales y que, por fallas en la administración, no cumple, o cumple de manera deficiente con deficiencia, su deber funcional de garantizar la prestación de manera eficaz, eficiente, equitativa y sin dilaciones la prestación.

87 "El derecho a interponer un recurso en caso de que se niegue una prestación o en caso de queja sobre su calidad o cantidad es un principio consagrado tanto por el Convenio núm. 102 (artículo 70, párrafo 1), como por el núm. 128 (artículo 34, párrafo 1). Cabe señalar, sin embargo, que ninguno de los dos convenios precisan cuáles deben ser las vías de recurso. Se indicó, no obstante, en los trabajos preparatorios, con miras a la adopción de uno y otro de esos convenios, 'para que el derecho de apelar no sea ilusorio, el concepto de recurso lleva implícita la condición de que sea instituido por una autoridad independiente de la autoridad administrativa que ha fallado en primera instancia. El simple derecho a solicitar una revisión por la misma autoridad no es suficiente para considerarse como un procedimiento de recurso'. El párrafo 3, artículo 70 del Convenio núm. 102 establece, sin embargo, que podrá negarse el derecho de apelación cuando las reclamaciones se lleven ante tribunales especialmente establecidos para tratar de los litigios sobre seguridad social y en ellos estén representadas las personas protegidas. No se recoge esta disposición en el Convenio núm. 128 que, en cambio, introduce en el párrafo 2 del artículo 34 una nueva disposición en virtud de la cual deberán establecerse procedimientos que permitan al solicitante hacerse representar o ser asistido, cuando sea apropiado, por una persona calificada escogida por él, o por un delegado de una organización representativa de las personas protegidas. El derecho de recurso en la legislación y en la práctica nacionales. 212. A juzgar por las informaciones disponibles, el derecho de recurso contra las decisiones administrativas concernientes a las prestaciones es un principio consagrado en la legislación de la mayoría de los países. Por supuesto, los procedimientos relativos al ejercicio de ese derecho varían según los países, en función de los

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

A lo que apunta la categoría de pensión-sanción es a la descripción del medio de su obtención antes que a la formulación de una categoría particular. Debido a esto, los condicionamientos para obtener una pensión de esa naturaleza están ligados al ordenamiento jurídico de cada país y a las garantías de protección que contemple para el trabajador.

Pueden señalarse ciertos puntos en común respecto a los tipos de responsabilidad (conductual —por acción u omisión sin consideración de la culpa o dolo—, contractual —por incumplimiento o deformación de lo pactado— u objetiva —referida en algunos casos a los “riesgos profesionales” o a los regímenes pensionales o de bonificación que algunas empresas poseen para sus empleados) que podrían endilgarse al empleador.

Pensiones especiales

En todos los países que tienen un sistema de seguridad social (sin importar su carácter: universal, contributivo o mixto) existen regímenes pensionales que no corresponden a los lineamientos, las condicionantes y las prerrogativas que tiene su sistema general. Son regímenes que, en razón al tipo de labor desempeñada o a una dignidad o circunstancia especial, sea esta acordada o no, fijan para determinados grupos poblacionales excepciones o medidas más favorables en cuanto a edad, cotización, afiliación u otras de las condiciones ordinarias observadas por el sistema pensional.

.....
diferentes sistemas y estructuras administrativas y judiciales de cada uno de ellos. En muchos casos, la legislación establece un derecho de apelación ante una autoridad independiente de la autoridad administrativa que falló en la primera instancia. Así, en varios países el interesado tiene la posibilidad de dirigirse a una autoridad administrativa superior a la que ha decidido en primer término, y/o a tribunales que pueden ser tribunales especiales para los litigios de la seguridad social o los litigios del trabajo o bien a tribunales ordinarios o de arbitraje. Por último, en ciertos países la decisión suprema en los casos de litigio incumbe al ministro competente o a órganos competentes del Estado. Se observa asimismo que el derecho que tiene el solicitante a hacerse representar o a asistir parece reconocido, ya sea explícitamente en muchas legislaciones, ya se trate de leyes de seguridad social o de disposiciones generales de procedimiento, o bien implícitamente en la medida en que no existen disposiciones que rehúsan tal derecho. 213. El derecho a interponer un recurso contra las decisiones administrativas adoptadas con ocasión de solicitudes de prestaciones es un principio consagrado en la casi totalidad de las legislaciones examinadas. Aunque ni el Convenio núm. 102 ni el Convenio núm. 128 precisan cuáles deban ser los procedimientos de recurso, sería conveniente que la legislación nacional consagre un cierto número de principios reconocidos como, por ejemplo, la rapidez de los procedimientos y su carácter gratuito, así como la independencia de la autoridad ante la que se interpone el recurso; lo mismo cabe decir del derecho del solicitante a ser representado o asistido por una persona calificada de su elección. Conviene, en efecto, tener presente a este respecto que, para un porcentaje muy grande de asegurados, su pensión es el principal, o incluso el único, medio de subsistencia, y un procedimiento largo y oneroso podría constituir para ellos una verdadera denegación de justicia, con efectos a veces dramáticos para su vida cotidiana” (OIT, 1989, pp. 109-111).

A pesar de las exigencias epistémicas y normativas de unidad de todo sistema de seguridad social en un Estado democrático de Derecho, existe un acuerdo tácito sobre ciertos sectores de la población que merecen un trato especial, por demás favorable, frente a la generalidad de la población. En los sistemas universal y mixto, este trato especial requiere diferenciar entre los términos “no contributivo” o “asistencial”, dado que:

Aunque tienen un sentido parecido y se utilizan de forman indistinta, no siempre significan lo mismo. En puridad, la denominación de prestaciones no contributivas hace referencia a que, para el surgimiento del derecho a las mismas, es indiferente que el beneficiario haya trabajado o no, ni por cuanto tiempo, o que trabaje o no en el momento de solicitar la prestación [...] se trata, no obstante, de un dato desplazado por la exigencia de una situación real de necesidad y por la carencia de recursos. Pero igualmente puede suceder que determinadas prestaciones no contributivas no sean asistenciales; porque tampoco se tenga en cuenta el nivel de recursos del solicitante. Se trataría de los que se llaman “derechos de ciudadanía” [...]. La asistencia sanitaria es un caso paradigmático y parcialmente lo son los sistemas que prevén prestaciones o ayudas a las personas dependientes, cualquiera sea su situación económica. Desde un punto de vista contrario, cabe igualmente que ciertas prestaciones contributivas (es decir, las que se justifican por el desempeño de un trabajo y una cotización previa) estén teñidas de elementos asistenciales; de forma que el derecho se otorga o no, o se modula, según el sujeto protegido carezca o no de recursos o los tenga por debajo de cierto nivel (en el caso de ciertas prestaciones de viudedad o a favor de familiares; o del desempleo, prestación que tiene su propio nivel asistencial que es una prolongación del nivel contributivo previo) (González *et ál.*, 2007, p. 80).

Dadas estas precisiones, se entiende que para un sistema universal o mixto que provea medias asistenciales para la tercera edad —en términos de emolumentos de periódica prestación— la no contribución por una situación de necesidad que dé pie a pensión —presunta o probada según lo provea el sistema de cada país— no significa un trato especial. No se puede afirmar que en cualquiera de los dos casos se esté frente a regímenes especiales, lo cual no es óbice para que en sistemas de ese tipo dichos regímenes no existan. Esto se debe a que allí, además de otras consideraciones menos altruistas (el clientelismo, la solidaridad de gremio, populismo, etc.), la dignidad especial se fija respecto al tipo de actividades desempeñadas en la vida laboral y que por su propia naturaleza generan disminución en las expectativas de vida saludable del trabajador, independientemente de

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

las condiciones en las cuales hubiera efectuado el trabajo y, por lo mismo, aparte de las prestaciones no contributivas o asistenciales ordinarias, demandan un reconocimiento mayor del establecido para la generalidad de la población (Pachón Lucas, 2009).

El número de regímenes especiales varía según el sistema nacional, aun cuando es común a todos que existan dos grandes grupos de regímenes: los de funcionarios públicos (civiles, militares o de administración de justicia) y los profesionales o sectoriales (de colectivos organizados en sindicato o de colectivos excluidos por situaciones socioeconómicas determinadas por ley). La diferencia entre el mayor o menor número de regímenes en cada uno de los dos grupos señalados obedece, por una parte, a la cobertura “universal” alcanzada por el sistema de seguridad correspondiente a cada país y, por otra, a la capacidad de negociación de las organizaciones de trabajadores en el contexto de un sistema de seguridad social que no protege a todos los ciudadanos ni a todos los trabajadores y menos a colectivos que merecen tratamiento diferenciado, bien para reconocerles una “pensión mínima” o para incluirlos dentro del sistema pensional con un margen de beneficio inferior a la media general (deportistas destacados, artistas o gestores culturales, desmovilizados, trabajadores agrarios, empleados del hogar, etc.).

En dicho escenario, la proliferación de regímenes especiales puede ser entendida como una característica propia de un sistema inequitativo de base que busca contener la problemática social general y repartir “beneficios” colectivos; asimismo puede ser una manifestación del grado de protección brindado por un Estado a la organización sindical que, habida cuenta de la situación de vulnerabilidad generada por el sistema pensional, ve como única opción la negociación colectiva. De ahí que su eliminación fuera uno de los condicionamientos básicos a la “política de ajuste económico” desarrollada en América Latina en los términos ya descritos, pero con las excepciones elitistas de respeto (militares, parlamentarios, miembros de los sectores directivos del Estado, etc.) (Nelson, 1998). Debido a ello, los condicionamientos para ser incluido en un régimen especial de pensiones están ligados al potencial movilizador de los trabajadores organizados o a las condiciones reales de poder que posea un grupo para promover las medidas legislativas correspondientes en su favor. Tales condiciones varían según las circunstancias sociopolíticas, jurídicas y proteccionistas del trabajador (las disposiciones de la OIT) que contemple el país.

Clasificación según su fuente

Luego de poner sobre la mesa la caracterización genérica de las “contingencias” protegidas por los sistemas pensionales (universales, contributivos y mixtos) queda por describir las maneras como estos enfrentan su problemática más acuciante: la financiación. Por lo regular, este asunto tiende a colisionar con los principios iusfilosóficos y teleológicos del propio sistema, debido a que:

[...] en cualquier sistema de protección social, el principio del equilibrio financiero entre los ingresos que se reciben por conceptos de aportes, primas o cotizaciones y los egresos por o pagos de prestaciones, beneficios o servicios otorgados, constituyen la regla de oro del sistema de financiación de la seguridad social (Cañón Ortegón, 2007, p. 183).

Por evidentes razones, la carencia o insuficiencia de recursos implica la insatisfacción de las contingencias, sean derechos, beneficios o servicios transables.

En un sistema prestacional universal pleno (que, como se ha dicho, es excepción y no regla), el criterio axiológico de su fundamentación —la solidaridad universal en términos de una comunidad jurídica dada— está por encima de cualquier consideración económica. Posición que, empero, demanda unas condiciones económicas óptimas en cálculos actuariales que ningún país está en condiciones de asegurar⁸⁸. Por eso, las fuentes de financiación de un sistema pensional (primas

88 Incluso los países más “universalistas” y expansivos en sus sistemas de seguridad social se han inclinado por fórmulas no universales, por lo cual se augura la extinción de todo “sistema universal puro”. Como indica Jaime Frades Pernas (2007): “El establecimiento de un régimen de capitalización de cuentas individuales en Suecia, ha alentado a otros países a introducir alguna dosis de capitalización en sus regímenes públicos. En Alemania a partir de 2002, al mismo tiempo que se promueve una menor revalorización del factor que determina la cuantía de las nuevas pensiones y la revalorización de las ya causadas, con la consecuencia lógica de una disminución de las tasas de reemplazo de las pensiones, se establece un sistema complementario similar aunque con diferencias importantes, entre otras, su carácter voluntario y la intervención del Estado para impulsar este sistema de ahorro mediante la subvención pública. También con carácter voluntario, en 2007 Portugal establece un régimen complementario de cuentas individuales cuya gestión y organización es responsabilidad del Estado. Junto a estos ejemplos existen, no obstante, otras reformas mucho más radicales, especialmente en los países de Europa Central y Oriental, donde la influencia de las recomendaciones del Banco Mundial, reflejadas en su informe Envejecimiento sin crisis de 1994, durante el periodo de transición de sus economías se han hecho notar de forma considerable. Las propuestas realizadas por dicha institución, que se presentaron como la única alternativa viable, de que el paso hacia un sistema de capitalización individual administrado por el sector privado, no sólo facilitaría niveles más elevados de crecimiento, trabajo y ahorro, sino que además evitaría la crisis financiera que vendría con el envejecimiento de la población, fueron bien recibidas en muchos países. Bulgaria, Hungría, Eslovaquia o Estonia, aun conservando sus sistemas de reparto han introducido sistemas complementarios de cuentas individuales obligatorios. Letonia y Polonia han introducido también sistemas obligatorios de cuentas individuales por capitalización y reconducido su régimen público de reparto hacia un sistema de cuentas nocionales, a semejanza de Suecia, en los que también interviene la esperanza de vida en la determinación de la cuantía de la pensión. Sin embargo, sea por el rechazo sindical o porque su deuda externa era inferior al resto, otros países como la República Checa,

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

de seguros, cotizaciones o aportes, impuestos generales, impuestos especiales, copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación, etc.) se organizan alrededor de regímenes de reparto o prima media, regímenes de capitalización o mixtos (que tienen componentes tanto de uno u otro régimen particular) (Cañón Ortegón, 2007). Ello no obsta para que en algunos países subsistan ciertos rasgos “universalistas” en materia de seguridad social, pero ya no con la forma de la seguridad social en sentido propio, sino en un ámbito asistencial (González *et ál.*, 2007).

Régimen de reparto o prima media

Por lo regular, para referirse a cómo la administración de los recursos recaudados en un sistema contributivo o mixto asegura su prestación a los pensionistas, se usan de forma indistinta los términos “régimen de prima media” o de “reparto”; no significan lo mismo en estricto sentido, pero es común su remisión a:

[...] financiación de las pensiones a la manera de un seguro, pues de conformidad con los antecedentes de los sistemas de seguros sociales, éstos se basan precisamente en la técnica del seguro. En esta modalidad, la cotización hace el papel de prima de un seguro que se hará exigible cuando el afiliado cumpla los requisitos legales para ello [pues] en la base de este seguro está la dispersión del riesgo propio de los seguros y la capacidad del sistema para establecer un adecuado balance entre cotizantes pensionados (Arenas Monsalve, 2006, pp. 233-234).

En términos coloquiales, de un modo más o menos centralizado según las condiciones jurídico-políticas de cada país, un sistema pensional fundado en esta técnica pone en una bolsa (los entes administradores de los recursos) los recaudos de las cotizaciones de la generación económica y laboralmente activa para sacar de allí los emolumentos necesarios para el pago de las pensiones de la generación

Eslovenia o Lituania, no se dejaron seducir por las recomendaciones del Banco Mundial y optaron por sistemas complementarios de carácter voluntario. La elección de sistemas mixtos en estos países obedece, sin duda, a causas diversas. Pero el mantenimiento del seguro social basado en el sistema de reparto, tiene su principal causa en el alto coste que supondría la transición hacia un modelo exclusivamente de capitalización individual como los observados en América Latina, especialmente en Chile. La implantación de estos sistemas también tiene su coste, pues la derivación de una parte de las cotizaciones hacia las cuentas individuales supone debilitar la base financiera del sistema de reparto, razón por la cual en todos estos países se ha procedido a una serie de reformas, en las reglas de cálculo (alargando, por ejemplo, el periodo tomado en cuenta para dicho cálculo) y en la desincentivación del retiro anticipado, cuyo resultado es la reducción del nivel de las pensiones futuras y el aumento de la edad real de jubilación, toda vez que, en todos ellos, se ha descartado tanto el incremento de las cotizaciones como de los impuestos” (pp. 20-21).

inactiva que ya cumplió los requisitos legales para la obtención de la pensión, aunque no todas las bolsas tienen las mismas características.

[...] los regímenes de reparto pueden ser: de reparto simple (se define periódicamente el valor de las prestaciones a pagar entre el número de cotizantes para definir su cuota). De reparto con capitales de cobertura (a más de lo anterior, se constituye una reserva para pensiones en curso de pago, con base en la estimación actuarial de las pensiones decretadas en el período y en el cálculo de la capitalización de la reserva, así como de las contingencias). De prima media, bien estable o escalonada (Cortés González, 2009, p. 116)⁸⁹.

Por razones obvias, para garantizar la viabilidad de un régimen de este tipo en cualquiera de las variables anotadas, es indispensable asegurar la autofinanciación de las pensiones mediante un mecanismo actuarial pensado a largo plazo, es decir, en términos del equilibrio cotizantes-afiliados para la generación presente (prima media estable: la cotización promedio para que la población económicamente activa sostenga el pago de las pensiones hoy) o entre generaciones (prima media escalonada: la cotización promedio aumenta periódicamente para balancear la relación cotizantes-pensionados). En caso contrario, un régimen de reparto simple (que consume los recursos que ingresan), por las características exógenas ya anotadas (inflación, PIB, IPC, crecimiento económico, mercado laboral, fluctuaciones demográficas, etc.), estará siempre en déficit y necesitará transferencias del presupuesto nacional, lo cual sin un crecimiento macroeconómico progresivo y no fluctuante, es insostenible a largo plazo.

Es claro que este tipo de régimen se fundamenta, constituye y direcciona por el principio de solidaridad, por muy etéreo que sea⁹⁰, ejemplificado en los casos en los que describe Cañón Ortegón (2007):

89 Cañón Ortegón (2007) divide los sistemas de reparto con punto de referencia en un año, una generación o un determinado seguro, así: "1. Sistema de reparto exacto: se caracteriza porque el reparto de las cargas que genera la protección se adjudica por generaciones. El dinero que aporta una generación sirve para atender los servicios que demande el grupo de personas que la componen. 2. Sistema de reparto de igual duración del seguro: se caracteriza porque la repartición de las cargas del sistema se distribuyen entre los asegurados cobijados por el mismo seguro, durante el tiempo de su vigencia. 3. Sistema ordinario de reparto: la repartición de las cargas se hace entre los asegurados en un determinado año y para cubrir los gastos imputables al mismo período del seguro. 4. Sistema de reparto según edad de ingreso: la repartición de las cargas se hace entre las personas aseguradas de la misma edad o año de ingreso al sistema" (p. 196).

90 "El alto contenido filosófico y político de la solidaridad conlleva la dificultad que existe para tratar de dar un concepto o una definición técnica de la misma, aunque es un aspecto casi inherente a la naturaleza humana y que está presente en las diversas formas de relación que se establecen entre individuos, grupos de individuos,

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

1. Las personas activas aportan para beneficio propio y también de las inactivas, como los niños, los jóvenes o los ancianos [...]. 2. Las personas que cotizan a la seguridad social y no se enferman, pero sus aportes sirven para atender a las personas enfermas [...]. 3. Las persona cónyuges o sin familia que colaboran con sus aportes y permiten ayudar a las personas con cargas familiares [...]. 4. Las generaciones vivientes que trabajan y con su esfuerzo permiten ayudar a los familiares de las generaciones de los individuos fallecidos [...]. 5. Las personas que tienen empleo, o que producen, permiten financiar la subsistencia de los inactivos o desempleados [...]. 6. Los impuestos que pagan personas con mayores ingresos se utilizan para prestar servicios a aquellas de menores ingresos o sin ingreso [...]. 7. Las empresas prósperas, que con sus aportes permiten la operación y participación en beneficios de aquellas que se encuentran en situación crítica [...]. 8. La compensación que se produce entre grandes y pequeños riesgos de la seguridad social, a través de fondos de compensación. [...]. 9. Los trabajadores urbanos que con sus aportes a la seguridad social se constituyen en una forma de financiar los aportes de los trabajadores rurales, etc. (pp. 124-130).

Por las razones históricas anotadas, un sistema pensional contributivo es un ejemplo de la versión decimonónica de solidaridad que, si se observa en detalle, no es solidaridad alguna, por cuanto es forzada u obligada y no por los motivos altruistas defendidos por el Estado de bienestar, sino por los requerimientos económicos indispensables para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Cuando esos requerimientos se hicieron más estrictos, el régimen se hizo agua, sin importar si la “prestación era definida o no”, o sea, si estaba más o menos cuantificada en condiciones y requisitos de manera legal o si el Estado había garantizado el pago de pensiones.

Régimen de ahorro individual

Como su nombre lo indica, la financiación de un sistema de pensiones por capitalización tiene la forma de un ahorro individual de recursos del trabajador —las cotizaciones—, que son acumulados en un fondo de administración —privada,

comunidades, regiones, países, etc. [...]. Resulta más útil, entonces, incursionar en el terreno de la identificación de los tipos de solidaridad, de los criterios que se utilizan para dar aplicación a la solidaridad [...] Formas que han sido clasificadas así: 1. según el tipo de interacción: directa o indirecta 2. Según los sujetos que intervienen: interpersonal o personal. 3. Según la motivación: ética, moral, jurídica, política, etc. 4. Según la extensión: total, parcial o especial. 5. Según el ámbito de aplicación: familiar, regional, nacional, universal” (Cañón Ortigón, 2007, pp.119-123).

por lo regular— que, al tiempo que los capitaliza y los invierte, asegura su devolución (con rendimientos, si los hay) para efectos de la jubilación.

Según Cortés González (2009):

[...] los regímenes de capitalización implican la consolidación de los aportes en una cuenta con titularidad por parte del afiliado, sometida a la administración colectiva de un operador general, pero no necesariamente único o privado y no disponible para aquel, en tanto está destinada exclusivamente al efecto de protección social de que se trate (p. 116).

Como se ha dicho, el fundamento que dirige un régimen de tal tipo no es otro que el presupuesto económico de que todos los individuos maximizan la utilidad (visión conocida como *homo economicus*), es decir, son guiados de modo egoísta por la autonomía de la voluntad privada (aunque en algunos casos, como el colombiano, a los regímenes de ahorro individual se les agrega el mote de la solidaridad)⁹¹. Arenas Monsalve (2006) sostiene:

-La cotización hace el papel de la cuota de un ahorro que se destina a la capitalización de la pensión. En consecuencia, existirá una relación directa entre la cantidad cotizada y la expectativa de pensión: a mayor cotización mayor posibilidad de pensión y viceversa.

-Como la cotización es la cuota de un ahorro o capitalización, es de la esencia del régimen que existan cotizaciones adicionales establecidas a la legalmente.

-Como sistema de capitalización, el régimen garantiza el beneficio, es decir la pensión, únicamente con el cumplimiento de la condición de reunir en la cuenta individual el capital que financie la pensión, y no es de su esencia el requisito de edad ni un tiempo mínimo de cotizaciones.

-En caso de no alcanzarse la pensión por insuficiencia del capital pensional, el sistema contiene mecanismos para la devolución de los saldos, toda vez que el capital pensional figura a nombre individual del afiliado.

-Es esencia del sistema que los aportes o cotizaciones no vayan a un fondo común sino que estén depositados en fondos de pensiones, conformado por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro de los afiliados; con el monto de esa cuenta se financiará exclusivamente cada pensión. La rentabilidad del fondo pensional se reparte

91 En ciertos sistemas de capitalización se puede hablar de solidaridad en sentido propio “[...] sistemas de prima de por generación, o los sistemas de capitalización colectiva o de prima uniforme” (Cañón Ortegón, 2007, p. 198).

•Origen, fundamento y clasificación del instituto pensional.

a prorrata del valor de las cuentas individuales y contribuye a la conformación del capital pensional.

-El derecho a obtener pensión no depende del tiempo de cotizaciones ni edad del afiliado, sino depende exclusivamente de la cantidad de dinero acumulada en la cuenta de ahorro pensional, de la cual la entidad administradora lleva registro fidedigno e individualizado.

-Cuando se calcula que el saldo de la cuenta pensional ya financia la respectiva pensión, el afiliado puede pensionarse, y la cuantía de la pensión dependerá de la modalidad de pensión que elija (retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia inmediata) (pp. 137-138)⁹².

Como en el siguiente capítulo se tendrá la oportunidad de tratar en extenso la materialización de estos sistemas en el caso del régimen pensional mixto de Colombia, no se dirá más al respecto; se espera, eso sí, haber señalado los derroteros necesarios para el análisis que se llevará a cabo.

Perspectivas al interés

Se ha mostrado que la negociación colectiva de los trabajadores es cooriginaria y correlativa al origen y desarrollo clasificatorio del instituto pensional. En la descripción del instituto pensional que se ha planteado, desde una perspectiva genético-crítica e histórico-ideológica, se llegó a definir en estricto sentido la seguridad social y, en particular, la pensión, a partir de su base moderna-capitalista, como un conjunto de medidas de contención social al problema de la distribución de la riqueza. Sin embargo, no solo es una forma alternativa de los grupos de poder para salir al paso de las demandas sociales justificadas en el caso pensional, es decir, no es solo una medida de arriba a abajo, del Estado hacia los “súbditos”. Es también una forma alternativa de ingresar a la clase trabajadora en el principio lógico del interés individualista negociable del capitalismo, porque en el momento

.....
92 No está de más recordar “las reformas pensionales en los países de América Latina, al igual que ha ocurrido con algunos países asiáticos, han transformando parcial o totalmente sus sistemas de pensiones en sistemas de ahorro y capitalización individual en donde alcanza una mayor importancia la idea de responsabilidad individual y libertad de elección. Se ha buscado con estos sistemas una consolidación de los mercados de capitales, una reducción de la carga estatal, una mayor participación de la gestión privada y del individuo en la previsión de los riesgos personales, una mayor equidad, la diversificación de los riesgos asociados a los sistemas puros y, sobre todo, un aumento de la claridad y transparencia del sistema al hacerlo más independiente de los vaivenes políticos” (Devesa, Martínez y Vidal, 2000, p. 3).

de negociar se sanciona y legitima el sistema que “garantiza” los derechos, los deberes y las obligaciones acordadas.

Por lo mismo, las diferencias estructurales de los grupos sociales y de sus organizaciones de trabajadores sientan la base de diferencia para los conocidos modelos históricos de seguridad social (universal anglosajón, profesional germánico) que, para las pensiones, solo son tipos ideales, porque dichos sistemas no existen en puridad, más aún cuando parece que hoy día la clave de bóveda del agotamiento de los modelos clásicos es su acercamiento progresivo a la privatización.

Empero, si algo ha frenado los intentos de “reforma estructural” global, impulsados desde la ortodoxia neoclásica, ha sido la organización social, en especial cuando se percata de su potencial empoderamiento en la perspectiva de la negociación. Por supuesto, las condiciones socioeconómicas y políticas son distintas a las de la época del establecimiento de los modelos históricos de seguridad social, pero ello no es óbice para repensar el instituto pensional como la organización de expectativas sociales y de grupos de interés sobre unos beneficios para los trabajadores organizados, que encuentra sanción legal.

Con semejantes previsiones, las precedentes clasificaciones del instituto pensional según su objeto y fundamento pueden parecer anodinas; sin embargo, como las pensiones vienen delimitadas por su ámbito objetivo de aplicación (características de las contingencias previstas por el régimen o sistema pensional) y por las condiciones subjetivas (de los destinatarios) contempladas para que los ciudadanos puedan hacerse a este derecho-beneficio, en este tipo de prestaciones económicas se pueden identificar dos grandes líneas de evaluación subjetiva, de acuerdo con el tipo de sistema que acoja el régimen pensional.

Por un lado, las de condicionantes de un sistema “universal” y, por otro, las de un sistema de aseguramiento. Esa confabulación de factores, sumada a la clasificación según su objeto (vejez, invalidez, sobrevivientes, sanción, especiales) o su fuente (RPM, RAIS), tiene sentido la necesidad imperativa de negociación, es decir, la estrategia liberal-capitalista de asegurarse, para sí y para sus solidarios, la consecución de unos beneficios que, de otra forma, no serían obtenidos. ¿De qué otra forma, si no es con el ejercicio del amparo constitucional y legal de las libertades sindicales y de negociación, podría ceder el establecimiento?

Negociaciones y derechos

En Colombia, el tratamiento tradicional de los temas de la seguridad social en materia pensional y el movimiento sindical han sido objeto de estudio de diferentes parcelas académicas. Así, las pensiones han sido terreno usual de “segurólogos sociales”⁹³ y economistas, mientras el sindicalismo lo ha sido de “laboralistas”, sociólogos y politólogos. No obstante, un tratamiento monodisciplinar de este tipo no da espacio para considerar el permanente problema de la seguridad social en pensiones en Colombia sino desde una sola perspectiva, desde un solo campo, en términos de Bourdieu (2002)⁹⁴.

El instituto pensional es una de las medidas de contención social del problema de la distribución de la riqueza, a la que es aneja la categoría de negociación,

93 “Segurólogo social” es un concepto que se ha venido utilizando para diferenciar académicamente a quien se dedica a la investigación y cultivo del Derecho de la Seguridad Social, como disciplina autónoma, de los justlaboralistas, quienes tienen al Derecho del Trabajo como su quehacer cotidiano. El término es un anglicismo derivado de “social security”.

94 No se puede olvidar que el campo intelectual y académico, en tanto espacio social relativamente autónomo de producción de bienes simbólicos y —doctrinas, en términos jurídicos—, permite una comprensión amplia del trabajo del autor. Allí, el autor no se conecta de modo directo a la sociedad ni siquiera a su clase social de origen, sino por medio de la estructura de un campo intelectual, que funciona como mediador entre el autor y la sociedad. Dicho campo no es un espacio neutro de relaciones interindividuales, sino que está estructurado como un sistema de relaciones en competencia y conflicto entre grupos situaciones en posiciones diversas, como un sistema de posiciones sociales con las que están asociadas posiciones intelectuales, jurídicas o artísticas (Bourdieu, 2002).

en la medida en que está ligado al desarrollo conflictivo de la sociedad industrial y a sus “luchas” entre intereses alternativos opuestos.

En Colombia, seguridad social, pensión y organización social —no en todos los casos sindicalizada— van de la mano, de ahí que las formas legales representen y se adecúen a los resultados de la movilización de los grupos de interés. No obstante, acerca de los sindicatos en Colombia, anota Marcel Silva Romero (2005):

Los sindicatos son personas distintas de sus afiliados nos enseñaron, y reproducimos estas afirmaciones en las aulas universitarias o en las escuelas sindicales. De ahí estamos a un paso de aceptar que los intereses de los sindicatos son distintos, o pueden llegar a serlo, a los intereses de los trabajadores sindicalizados. En desarrollo de esta falacia se han erigido en Colombia grandes organizaciones gremiales de primer, segundo o tercer grado, con propósitos muy alejados de los inmediatos de sus propias bases y en muchas oportunidades en contradicción con ellos, cuando la misma historia obrera ha demostrado lo contrario, por ejemplo, cuando se suscribe una convención colectiva, los derechos obtenidos se incorporan al patrimonio de cada trabajador sin intermediación alguna. Pero gracias al acomodamiento falso de la persona jurídica diferente, en algunos sitios (sindicatos) se han estructurado capas de dirección con inconfesables intereses propios que se desvían de la ruta de la seguridad social (pp. 43-44).

Ruta que, desde hace mucho, ha buscado tanto la organización sindical como el instituto pensional. Por esa razón, en el presente capítulo se tratarán los dos institutos en dos partes generales bien diferenciadas: la primera mostrará la relación histórica entre organización social y seguridad social en materia pensional anterior al advenimiento de la Carta Constitucional de 1991; la segunda describirá las consecuencias (las reformas al sistema de seguridad social y a la legislación laboral) que para el sistema pensional y para la organización sindical ha tenido la política de ajuste económico implementada en Colombia desde la década del noventa del siglo pasado.

El tratamiento de cada una de las partes descritas se llevará a cabo desde dos perspectivas: i) histórico-crítica, que contempla las dimensiones políticas, económicas y jurídicas que dieron lugar al desarrollo de un incipiente sector industrial y propiciaron con ello la organización social necesaria para la consecución de derechos laborales reales, como los que se refieren a la seguridad social en materia pensional, y ii) jurídico-analítica, que se dirige a conseguir una definición cabal

del “derecho a una pensión” desde el marco constitucional colombiano y en el terreno laboral colectivo.

Hablar solo de una problemática jurídica sería abandonarse al sesgo mono-disciplinar ya mencionado. El asunto, más bien, consiste en evidenciar que el sistema jurídico en materia de seguridad social en pensiones ha respondido en Colombia al potencial de negociación y movilización de las organizaciones sociales y sindicales. Por lo tanto, la adecuación hermenéutica de la Constitución y de la ley habría de seguir *in ferenda* el reconocimiento de unos derechos-beneficios —en este caso, a la libertad sindical y a la negociación colectiva— que no brotaron con espontaneidad del beneplácito de un Estado-Providencia, sino de la facultad de negociar de los actores involucrados. Esto explicaría los continuos flujos y reflujos, en términos de expectativas legítimas y derechos justiciables.

Pensión y organización sindical en Colombia anterior a la Ley 100 de 1993

Dado que la seguridad social en sentido estricto está ligada al desarrollo de la sociedad capitalista moderna y al surgimiento de las luchas laborales, no se puede hablar en sentido propio de pensión en Colombia hasta la finalización de lo que Arenas Monsalve (2006) denomina “el período de dispersión” (p. 61) del nacimiento de la República hasta 1945. Este período se caracteriza por la aparición de beneficios de naturaleza próxima a los seguros sociales o a la seguridad social, sin constituir por ello ningún sistema o plan definido de esa naturaleza. Tal fenómeno, según Rubén Jaramillo Vélez (1998), se explica así:

Debemos recordar que en sus orígenes las que luego serían las naciones hispano-americanas surgieron de la coyuntura inaugurada por la Revolución francesa —y más concretamente por el ciclo napoleónico—, bajo la influencia determinante de las ideas de la Ilustración y las doctrinas jurídico-políticas que acompañaron el proceso revolucionario y sancionaron una nueva legitimidad, el surgimiento de las nuevas instituciones que articulaban la sociedad burguesa que se había gestado durante los últimos decenios en el interior del *ancien régime*. Pero en estos países no se habían producido los mismos desarrollos, no se habían gestado las mismas clases sociales ni las correspondientes relaciones de producción, que pudieran servir de agentes concretos a las ideologías llegadas del otro lado del Atlántico y también de la naciente y pujante república del norte. El entusiasmo de las élites criollas por los ideales de la asamblea constituyente y legislativa o por el texto de Filadelfia respondía desde

luego al “espíritu de los Tiempos”, aunque distaba mucho de estar respaldado por hechos concretos: por procesos efectivos y desarrollos socio-económicos, culturales e idiosincráticos que se correspondiesen con su espíritu. Se trataba más bien de una abstracta identificación por parte de los sectores minoritarios ilustrados, que tal vez no resultaría exagerado calificar de ingenua (pp. 27-28)⁹⁵.

Entonces, puede asegurarse que en Colombia todas las variantes de “pensión” antes de la consumación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ISS) por la Ley 90 de 1946, tras un proceso que arranca con el Decreto Ley 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, son formas premodernas de asistencialismo, beneficencia o caridad pública. Para que aparezca un genuino Derecho Laboral y, dentro de él, un Derecho de la Seguridad Social, es indispensable la modificación de la estructura social rural, basada en las relaciones económicas agrarias, por una sociedad urbana en proceso de industrialización, condición que también es un presupuesto básico para hablar de sindicalismo en Colombia.

En otras palabras, aquello que se quedó esperando el coronel, antiguo lugarteniente de Aureliano Buendía, no era ninguna forma de pensión, sino una de las tantas formas de dádiva política que las clases políticas dirigentes implementaron durante el siglo XIX (sin la participación-negociación activa de quienes serían sus beneficiarios) para ganarse el favor de ciertos grupos de interés: los militares, los empleados de la Administración, etc.⁹⁶. De ahí que, en sentido estricto, no pueda hablarse de un derecho a la protección social o seguro hasta la mencionada Ley 90 de 1946, máxime si a ello se agrega que tampoco existió alguna forma decimonónica de organización sindical.

95 El reconocido historiador Jaime Jaramillo Uribe (1982), ha destacado que en Colombia la Colonia persistió por lo menos hasta mediados del siglo XIX, hasta las Reformas de José Hilario López. Solo con el intento de implementar pedagógicamente los principios más modernos para la época —los del utilitarismo, por ejemplo— para intentar cambiar las estructuras fundamentales de la sociedad se advirtió que el problema de una sociedad liberal y republicana empezaba por la mentalidad y no por las armas.

96 La doctrina sobre seguridad social suele referirse al Decreto de Bolívar, a los montepíos militares, a la Ley 50 de 1886, la Ley 29 de 1905, la Ley 82 de 1912 y otras más como las “primeras pensiones” en Colombia. En realidad, como sugiere Óscar Iván Cortés Hernández (2006), lo que sucedía era que “de manera lenta pero progresiva, al sistema de salubridad pública instaurado se empezaron a sumar unas escasas alusiones al régimen de pensiones, para cuyo efecto aparecieron diseminadamente, sin ningún tipo de articulación y siempre buscando la protección de grupos ‘privilegiados’ y organizaciones especializadas. Así, por citar un ejemplo, el artículo 62 de la Carta de 1886 al abordar el tema de la carrera administrativa, judicial y militar hace referencia a la Pensión del Tesoro Público” (p. 20).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

[...] el origen del sindicalismo en el territorio actualmente colombiano no se encuentra en las asociaciones de artesanos, o sociedades democráticas del siglo XIX [...]. Ese origen no es otro que el sindicalismo surgido en el siglo pasado en los países capitalistas de Europa y Norteamérica e iniciado en nuestro medio en un proceso acelerado en las primeras cuatro décadas del siglo XX (Silva Romero, 2005, pp. 47-48).

Dicho proceso no siguió el patrón común a los de las organizaciones sindicales europeas, pues aquí ya se presentaban huelgas (por ejemplo, las huelgas de enero de 1918 de los trabajadores portuarios de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta) antes de desarrollarse las bases socioeconómicas de una sociedad industrializada y, por lo mismo, de un proletariado extendido⁹⁷. Ello tiene su razón de ser en la fragmentación o inexistencia de un proceso de desarrollo encabezado desde el Estado o desde una clase capitalista propiamente dicha.

Desde el período del Olimpo radical hasta la Regeneración, la ideología predominante asumía que el desarrollo iba de la mano de la imitación abstracta de modelo anglosajón y librecambista que suponía —como volvería a suceder en el neoliberalismo— una división mundial del mercado que dejaba a los países no industrializados como centros de producción de materias primas y como importadores de los productos manufacturados de los países centrales. Por eso, durante el período del liberalismo radical, se inició la etapa de los ferrocarriles, del telégrafo y de los modelos pedagógicos (de Pestalozzi, Froebel, etc.) que auspiciaban las normales de artes y oficios, etc. Estos avances no fueron pensados como partes de un proyecto general de desarrollo hacia la industrialización, sino como medios que, una vez importados, conllevaban el “progreso”, aunque solo eran los medios que las compañías europeas y norteamericanas demandaban para asegurar que la producción agrícola y minera colombiana pudiera llevarse al mercado mundial.

No es de extrañar que las primeras huelgas colombianas se hicieran en el contexto de las compañías extranjeras⁹⁸ que, auspiciadas por la clase dirigente

.....
97 El modo como la élite política enfrentó al movimiento de los samarios y cartageneros determinó el camino sangriento que tendrían las huelgas y la organización social en las décadas siguientes, pues “para controlar las huelgas el gobierno expidió el decreto 002 de 1918 que es la primera arma normativa de control de las huelgas de hecho. Las características de este decreto son: 1. Despenaliza parcialmente el derecho de huelga. 2. Sólo permite el abandono del empleo y prohíbe los comités de huelga permanentes. 3. Los representantes de los huelguistas deberían ser trabajadores de la misma empresa o gremio y si no fuere así se encarcelaría a quien violara la disposición. 4. Los extranjeros no puede participar en la huelga” (Silva Romero, 2005, p. 51).

98 “Las huelgas laborales en Colombia son relativamente escasas comparadas con el número de ellas en el resto de Latinoamérica. En Colombia se tiene registro de la primera huelga utilizada como mecanismo de presión, lucha y acción directa, la realizada a raíz de las protestas y el paro adelantado por los trabajadores de la Compañía del

colombiana, veían en la naciente República colombiana un mercado de mano de obra barata (hoy maquila), extracción de materias primas rentables y, además, un comprador seguro de su producción manufacturera y metalúrgica. Este fenómeno, además, iba acompañado por la complicidad de una élite ideologizada que, con el favorecimiento y la complacencia de los intereses de las empresas de los países modernos, esperaba convertir a Colombia en uno de ellos.

Así pues, estaban presentes las circunstancias para que una naciente clase obrera, de miserables condiciones laborales, iniciara su organización y depositara sus esperanzas en un caudillo, lo cual es característico de una sociedad premoderna o carismática, en términos de Weber (1977), que estaba muy lejos de un proceso de racionalización moderno⁹⁹. Esa esperanza fue truncada el 15 de octubre de 1914 con el asesinato del general Rafael Uribe Uribe, precursor del Derecho Laboral en Colombia y el fracaso de su proyecto de un socialismo de

Canal de Panamá el 31 de enero de 1884. En 1910 se lleva a cabo una huelga exitosa de cinco días por parte de los obreros portuarios, de la construcción y el transporte y ferroviarios desde Calamar hasta Barraquilla. [...] la legislación colombiana, por primera vez, mediante la Ley 78 del 19 de noviembre de 1919, reglamentará el derecho de negociación colectiva, los tribunales de arbitramento, e institucionalizará el derecho a la huelga, condicionando su legalidad a propósitos reivindicativos y, además, a que tuviera un desarrollo pacífico. La Ley 21 de 1920, por su lado, impuso ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, como fue la de introducir el concepto de servicio público, y prohibió su realización en empresas pertenecientes a tales sectores. [Ello no impidió que] en noviembre de 1928 se desarrollara la Huelga de las bananeras, en la que los trabajadores exigían a la United Fruit Company que los contratara directamente y, de ese modo, les pagara las prestaciones laborales reconocidas, lo cual —como se sabe— infortunadamente tuvo un trágico final” (Urrutia, Rodríguez, Rodríguez y Sánchez, 2010, p. 15). Para unas estadísticas de huelgas y paros en Colombia, puede verse Archila Neira y Delgado (1994).

99 Según Weber (1977), las exigencias de la racionalidad formal del Derecho moderno, que se representa arquetípicamente en la burocracia, conducen a la cosificación de las relaciones humanas juridizadas y a la descomposición de la sociedad en una diferencia funcional descentrada. Como sostiene el autor, el Derecho Público se identifica con los reglamentos “con arreglo a fines” perseguidos por el Estado, entendido el último como “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (p. 29). A diferencia de las sociedades tradicionales, la legitimación descansa en una remisión no-metafísica (tradicional) ni carismática (de caudillo) de justificación de las relaciones dominante-dominado. En el marco de los tipos ideales weberianos, es una justificación racional que no es un hecho, sino una regularidad que busca establecer el contraste necesario para distinguir la dominación precapitalista de la capitalista, de modo que la racionalización de las normas jurídicas, su despersonalización y abstracción respecto a unos fines puede asumir formas distintas aunque todas tengan en miras la búsqueda de la calculabilidad y de la eficacia del orden político-jurídico en su conjunto; ello se expresa en la burocratización, la alienación y la reificación de las actividades humanas. Por esta razón, cuando el Legislador delimita las esferas del Derecho subjetivo, se torna en el adalid omnicompreensivo del “patrimonialismo”, que no advierte diferencia entre el “señor de la casa” y el “señor territorial” y, cuando el Gobierno administra dirige “racionalmente” el instituto político, en tanto asociación con arreglo a fines. “[...] el derecho puede ser racional en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el pensamiento jurídico. Primeramente en el sentido de proceso mental más simple en apariencia: la generalización [...] que descansa en el casuismo [...] o en el sentido de la sistematización [...] o en el de la creación y aplicación del Derecho, en sentido formal o en sentido material” (pp. 498; 502-510).

Estado originado desde el seno del Partido Liberal (Silva Romero, 2005). Si bien este suceso no terminó con la organización obrera, en la medida en que sus causas no acabaron, sí determinó dos de las características principales del movimiento sindical colombiano subsecuente: una, la desconfianza del movimiento obrero hacia el Estado, considerado cómplice de las clases dominantes en el asesinato del líder. Otra, la inclinación más o menos socialista de la organización sindical, más ocupada en la lucha y el enfrentamiento con “la patronal” o con el Estado, que en el trabajo mancomunado con ellos¹⁰⁰.

Antesala al fin del período de dispersión

Resulta apenas lógico que las primeras medidas de beneficio prestacional reconocidas por el Estado estuvieran dirigidas a granjearse el favor de dos poderes importantes para el aseguramiento del *statu quo*: el poder fáctico del estamento militar (mediante la Ley 15 de 1925) y el poder ideológico del sector educativo, dominado por la Iglesia católica (mediante la Ley 114 de 1913). Aquella desarticulaba cualquier propuesta de organización social general, ya que movilizaba las esperanzas de las clases hacia la pertenencia a cualquiera de esos grupos “privilegiados”, antes que a cualquier forma de movilización social.

Semejante dispersión de “beneficios”, como bien indica Arenas Monsalve (2006) para el caso de la seguridad social, se caracterizó:

1. En ausencia de un esquema de intervención estatal, los “logros” en seguridad social son una combinación de beneficios asistenciales con prácticas mutuales, tanto de los militares como de los gremios artesanales y de las primeras organizaciones obreras [...].
2. Los primeros beneficios normativos de seguridad social surgen para el sector oficial y dentro de éste primero en beneficio del estamento militar y posteriormente en el personal civil oficial [...].

.....
100 Como sugiere Mauricio Archila (1989), las ideas socialistas llegadas a Colombia tempranamente se expandieron con facilidad entre los obreros y los artesanos de las ciudades económicamente más prósperas (puertos y centros de acopio de materias primas para la exportación), debido a que las necesidades eran las mismas que sentían los trabajadores europeos, pese a que aún no existía una clase proletaria. En Colombia, esas ideas no fueron atendidas ni consideradas por las clases dirigentes tradicionales —liberales y conservadores—, sino que fueron objeto de una fuerte represión. Esto condujo en 1919 a la creación un partido socialista que impulsó la protesta y la huelga como mecanismos reivindicatorios, lo cual, antes que lograr algún objetivo, condujo a su rápida desaparición y la prematura perspectiva de un proyecto conciliatorio con el Gobierno y los patronos (pp. 219-245).

3. En la transición hacia la intervención del Estado “se aprueban leyes aisladas sobre pensiones”. Aquí puede verse una normatividad que es a la vez de origen reivindicativo y de “intervencionismo humanitario”, es decir, que los beneficios prestacionales son simultáneamente fruto de las primeras luchas obreras y de acciones estatales humanitarias que buscan garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo [...].
4. En este período puede señalarse como característica general que la legislación es fragmentaria y restrictiva. En los primeros años del siglo está orientada exclusivamente a un sector —el oficial— y entre esta privilegia al estamento militar [...].
5. Finalmente, en este periodo —y específicamente a partir de 1928— se inician las preocupaciones por armonizar los dispersos beneficios sociales y por crear instituciones de seguros sociales que son ya conocidas en el mundo a partir de la creación del seguro social alemán (pp. 62-69)¹⁰¹.

Como muestra la descripción de Arenas Monsalve (2006), la estratificación de los beneficios tuvo un largo y tortuoso proceso para llegar a constituir un genuino sistema de seguridad social con criterio de generalidad como el alcanzado en 1946 (Rengifo, 1989). No obstante, tuvo un punto de ruptura evidente con la Masacre de las bananeras, en noviembre de 1928¹⁰², pues merced a aquel desafortunado incidente y a los debates que por ese motivo Jorge Eliécer Gaitán hizo al gobierno de Miguel Abadía Méndez en 1929, la clase política empezó a considerar la posibilidad de una legislación laboral y de protección social general.

Muchos sindicatos en Colombia surgen entre 1916 y 1929, una vez se acelera la industrialización y llegan al país compañías extranjeras encargadas de la explotación del petróleo y de otros minerales, así como también las productoras y exportadoras de banano. Hasta 1930, el número de sindicatos reconocidos era de noventa y nueve. En 1931, durante el gobierno de Enrique Olaya Herrera, el Congreso expidió la ley 83, denominada “ley de sindicatos” que reconocía a los sindicatos el derecho a ejercer su actividad y a firmar contratos colectivos. Posteriormente con el decreto 895 de 1934 y la ley 10 de ese mismo año, se reconoció el derecho a vacaciones remuneradas y a la jornada de trabajo de ocho horas diarias (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 3).

101 Jesús Rengifo (1989) ya había advertido que en principio los beneficios prestacionales-pensionales estuvieron dirigidos a los “educadores, los sindicatos, riesgos profesionales, pagos de salarios durante la incapacidad, enfermos de lepra, trabajadores petroleros y de la construcción, seguro de vida, etc.” (p. 38). Ello se demuestra con los beneficios pensionales obtenidos por los educadores mediante las Leyes 39 de 1903, 114 de 1913 y 116 de 1928. Las normas de origen reivindicativo están las Leyes 48 de 1924, 15 de 1925 y 46 de 1918.

102 Para una descripción completa de las demandas del movimiento obrero a la United Fruit Company, puede verse González Charry (1978).

Salta a la vista el nexo evidente entre organización obrera y seguridad social, entre contención política de las demandas sindicales y concesión jurídica parcial de ciertos beneficios prestacionales; en suma, entre “garrote y zanahoria” como se indicó en el pasado capítulo. Tal estrategia dio buenos réditos, sobre todo para el Partido Liberal, pues logró contrarrestar los dos tipos de radicalismo del momento: por un lado, el radicalismo de los socialistas criollos que creyeron en la lucha insurreccional antes que reivindicativa y, por otro, el radicalismo de la hegemonía conservadora en el poder en pleno contexto de “la danza de los millones”¹⁰³.

En 1931, el liberalismo ganó las elecciones presidenciales, pero no obtuvo las mayorías en el Congreso; había un ánimo común en ciertos sectores de la élite bipartidista: o se contienen las demandas de las clases obreras y artesanales organizadas ahora bajo ciertas influencias socialistas o se pone en peligro la estructura total capitalista y privada que alimenta a los mismos componentes elitistas de los dos partidos. Mejor dicho: o se reconoce y regula el funcionamiento de los sindicatos y con ello se contienen sus demandas o el conjunto insatisfecho de todas ellas atraerá a los sectores pobres de la sociedad a las versiones más radicales y revolucionarias de la organización laboral.

Al margen de las influencias que el movimiento sindical tuvo en el primer lustro de la década del treinta (comunistas, uniristas gaitanistas, socialistas y lopistas liberales):

[...] en Colombia —a diferencia de la libertad sindical absoluta que se predicaba en Europa— no hubo esfuerzo inmediatamente se aprobó la ley de sindicatos para constituirlos dentro de sus asfixiantes requisitos; el desarrollo del movimiento obrero en esta época se debió a un grado muy importante de apoyo informal de la rama ejecutiva del gobierno, y a su interpretación de la ley (Silva Romero, 2005, p. 79).

Como se adujo, la estructura socioeconómica del país aún distaba mucho de la división burguesía-proletariado que predicaba el comunismo y la clase trabajadora prefería la posibilidad que se le daba desde el estamento gubernamental para organizarse, aunque fuera bajo la restrictiva sombrilla de su marco legal,

.....
103 Para una descripción del movimiento insurreccional de principios de siglo XX en Colombia, encabezada por la facción revolucionaria, el Partido Socialista Revolucionario, de la Confederación Obrera Nacional (CON), puede verse Sánchez (1985). Respecto a los controles y las restricciones legales producidas desde el seno del Partido Conservador, Silva Romero (2005).

antes que embarcarse en un proceso revolucionario que suponía una entrada en la Modernidad que todavía no había hecho Colombia¹⁰⁴.

En términos de seguridad social, a la muy inteligente estrategia de las élites bipartidistas para domeñar a la organización obrera en los límites organizacionales de un sindicalismo lícito, siguió una respuesta de mucho más alcance, dictada por las circunstancias de un capitalismo mundial que apenas había logrado salir de la crisis de 1929: el keynesianismo económico y el bienestarismo providencial de la reforma constitucional de 1936, es decir, un paternalismo estatal que, al tiempo que controlaba a sus hijos más descarriados (los capitalistas librecambistas), protegía a sus vástagos más débiles (los campesinos) de la seducción comunista. Con razón Gonzalo Sánchez (1985) afirma:

Tal vez no exista en la historia del país otra reforma que, como la ley 200 de 1936 (Régimen de Tierras), haya servido tan cabalmente a los intereses de la clase dominante. La ley logró, en efecto, presentarse —y ser aceptada— como una respuesta a las demandas campesinas, cuando, en realidad, su objetivo fundamental era resolver las inquietudes de los terratenientes. La llamada “revolución en marcha”, si fue burguesa, no fue democrática, en el sentido que se proyectara una distribución de la tierra a los campesinos [...]. Naturalmente que la norma había dejado margen de ambigüedad suficiente como para que los campesinos la interpretaran a su favor y eso permitió que muchos sectores la recibieran como una verdadera conquista de los trabajadores del campo. El debate agrario, en la medida en que se prolonga, se convierte, pues, en un problema de interpretación de la ley. Pero la definición en uno u otro sentido no se haría ya en el Parlamento sino en el terreno concreto de la lucha de clases, y en función de la correlación de fuerzas existentes entre éstas. ¿Y qué pasó?

.....
104 En el período en mención, “debido al apretado triunfo de los conservadores frente a los liberales después del período de la regeneración y la separación de Panamá, el Gobierno electo de Pedro Nel Ospina (1922-1926) se vio abocado —frente a la oposición liberal encabezada por Benjamín Herrera— a introducir modificaciones sustanciales al funcionamiento económico, administrativo y fiscal de la nación. Dichas modificaciones pretendían, por un lado, modernizar la realidad económica nacional para adaptarla al contexto mundial y, por otro lado, purgar del funcionamiento estatal cualquier resquicio de influencia del modelo colonial. Con la excepcional inyección económica, producto de la indemnización de 25 millones de dólares por el caso Panamá —sancionada en 1914 por Carlos E. Restrepo mediante el Tratado Urrutia-Thompson—, Colombia entró en un acelerado proceso de internacionalización tanto económica como política [...]. En este contexto, el Congreso Nacional autorizó al Ejecutivo, en 1922, para contratar con expertos extranjeros, entiéndase norteamericanos, los estudios que llevaran a las modificaciones indispensables para cumplir los antedichos objetivos. En ese sentido la misión Kemmerer, llamada de ese modo por su experto director, Edwin Walter Kemmerer y coordinada a escala nacional por Esteban Jaramillo, tenía el expreso cometido de presentar un proyecto de modernización de la vida financiera nacional y de los mecanismos para su control. Los resultados de la antedicha misión fueron resumidos en la Ley 11 de 1923 que creaba el Banco de República, la Ley 34 de 1923 que direccionaba el presupuesto nacional y la Ley 42 de 1923 que reestructura la contabilidad, el fisco, y el control del erario” (Corredor, 2009, pp. 53-55).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

que esta correlación se modificó fundamentalmente en favor de los terratenientes. En efecto, la UNIR (disuelta por Gaitán) y el Partido Comunista, entregaron sus banderas de lucha al Partido Liberal al régimen “burgués-terrateniente” que antes valerosamente habían combatido (p. 195).

Pese al gran número de detractores —tanto de derechas como de izquierdas—, la Revolución en marcha, de Alfonso López Pumarejo, con base en el proteccionismo planificador del Estado —justificado por la concepción de la función social de la propiedad, de un incipiente welfare State, como algunos le llaman (Cortés Hernández, 2006)— le adicionó algo al Derecho Laboral colectivo que aún no tenía¹⁰⁵: una jurisdicción laboral. Ese objetivo se consumó con el Acto Legislativo 01 de 1940 que, en términos de seguridad social en pensiones, propició la Ley 6 de 1945 y su Decreto reglamentario de la parte individual 2127 de 1945 que, junto con la Ley 64 de 1946, consagró la pensión de jubilación (Moreno Lovera, 2010)¹⁰⁶.

Tal logro no puede ser considerado sin atender la influencia que el Decreto 2350 de 1944, convertido después en la Ley 6 de 1945, tuvo en la actualización de las disposiciones laborales sobre todo, en lo que tiene que ver con:

Sindicatos de empresa (preferencia de los sindicatos de empresa por sobre los gremiales o de oficios varios, pues la presentación de pliegos de peticiones, el nombramiento de conciliadores, árbitros y negociadores, así como la celebración de convenciones colectivas son de prioridad de los sindicatos de empresa, art. 17); fuero sindical (el fuero se extiende, exceptuando a los empleados públicos, a: los fundadores, 10 miembros de las juntas directivas, 10 miembros de las subdirectivas y 2 miembros de los comités, art. 18); retención de cuotas de afiliación por el patrón (un sindicato de empresa, con el voto de 2/3 partes de sus socios puede solicitar al patrono que les retenga a los afiliados las cuotas y se las entregue al tesorero de la organización); prohibición a los empleados públicos de derecho de asociación; distinción

.....
105 Como indica Silva Romero (2005), los Artículos 17, 18, 20, 32 y 44 del Acto Legislativo 01 de 1936 se reducen a confirmar lo ya existente en materia laboral y elevan a rango constitucional las limitaciones impuestas al derecho de asociación y huelga.

106 “Artículo 14. La empresa cuyo capital exceda los ochocientos mil pesos (800.000) estará obligada: [...] c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes de los salarios devengado, sin bajar de treinta pesos (30) ni exceder de doscientos pesos (200), en cada mes. La pensión de vejez excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan lícitamente hecho al trabajador, cuya cuantía irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan el 20 % de cada pensión” (Congreso de la República, 1945). El Artículo 17 consagra similar prestación para los empleados y obreros oficiales.

entre convención colectiva y contrato sindical (el contrato sindical no es obligatorio. Si el patrono prefiere contrata con cada individuo, en vez de contratar con un sindicato responsable, allá él. La convención colectiva es otra cosa: es la estipulación entre un patrono y un sindicato, para regular las condiciones generales de trabajo, en la respectiva empresa); adopción del principio de norma más favorable, eliminación del esquirolaje legalizado; actualización del listado de actividades del servicio público donde más huelgas se desarrollan; y, creación de la justicia especial de trabajo que el Acto legislativo n° 1 de 1942 había ya ordenado (Silva Romero, 2005, pp. 90-91).

Además de sentar los derroteros con los cuales se movería el Derecho Laboral colombiano en el siglo XX, esa actualización sentó las pautas que dieron lugar a un estatuto laboral unificado (Ley 6 de 1945, Preámbulo del Código Sustantivo del Trabajo); al mismo tiempo, con la creación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) (art. 19)¹⁰⁷, dio los primeros pasos hacia la constitución de un verdadero sistema de seguridad social en pensiones. Dicho inicio no fue el mejor porque, como bien recuerda Óscar Iván Cortés Hernández (2006):

[...] esta institución (CAJANAL) que en su momento se encargó del pago de las pensiones ordenadas por la ley para los servidores públicos y cuyo objeto social después fue ampliado a todo lo concerniente al sistema de seguridad social (salud y riesgos profesionales), al abrir sus sedes a lo largo y ancho de la geografía nacional abrió las puertas a una mal entendida descentralización administrativa. Porque la tan criticada politiquería de los “caciques” regionales fue llevando a la paulatina creación de Cajas Departamentales de Previsión Social, en los diferentes órdenes territoriales, de tal suerte que en cada capital de departamento existían ya no sólo la Caja Nacional de Previsión, sino Cajas Departamentales de Previsión Social, encargadas como lo dice su nombre, de proteger a los servidores públicos que con dicho carácter prestaban sus servicios en las entidades territoriales respectivas. Pero, además como los políticos locales tenían sus propios intereses y apetitos burocráticos, se planteó como necesaria la creación de las denominadas Cajas de Previsión Social Municipal. Es decir, por obra y gracia de la mal interpretada descentralización, en cada municipio subsistieron hasta la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, todas estas Cajas de Previsión mencionadas (pp. 24-25).

107 El Artículo 19 de la mencionada Ley rezaba: “La Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, será una persona jurídica autónoma cuya administración corresponderá a una junta directiva integrada por representantes de gobierno y de los empleados y obreros. La nación garantiza todas las obligaciones de la Caja” (Congreso de la República, 1945).

Aunque se convirtieron en baluartes regionales de la corrupción y politiquería, estas entidades cumplieron la misión de reconducir las necesidades y problemáticas de buena parte de los trabajadores colombianos hacia la utopía de un trabajo en el sector público.

Pensión y organización sindical: la constitución del sistema

Como lo desarrolla Arenas Monsalve (2006), el período de consolidación de la organización institucional de una seguridad social en sentido estricto en Colombia va de 1945 a 1967. Ese lapso se enmarca en el ámbito interno por la debacle del proyecto gaitanista, por la derechización de buena parte de la élite política, por la Violencia, el caudillismo dictatorial de Rojas Pinilla, el Frente Nacional y la Alianza para el progreso; en el ámbito externo, por la división del mundo en áreas de influencia de las dos grandes superpotencias de la posguerra —Guerra Fría—, por el macartismo, por la creación de las alianzas militares (OTAN y Pacto de Varsovia), la conformación de la OEA y la ONU y por un proceso de descolonización del mundo. Cada uno de esos procesos ha sido objeto de muchos y variados estudios, pero aquí no son detallados en minucia, pues a lo que se intenta responder ahora es ¿cómo fue la contención de la conflictividad laboral, mediante la seguridad social, en las postrimerías de la Revolución en marcha?

Muchas veces, desde muy diferentes ópticas, se ha repetido que el proyecto reformador de López Pumarejo fue un fracaso:

[...] los resultados del truncado cambio fueron bastante deficientes: en la industrialización, los avances fueron modestos en el marco de la economía nacional, la reforma agraria fue un fracaso, la reforma educativa se notó en la universidad pero no en la amplitud de la escolarización, las reformas sociales implicaron un bloqueo a reivindicaciones posteriores de las masas al fracasar el intento y anunciar la pausa [...] siendo el fracaso del cambio político que implicaba la “revolución en marcha” la neutralización en su origen de los movimientos populares, es importante preguntarse por qué se dio esa entrega de los sindicatos, y finalmente del mismo Partido Comunista al destino que les fijara López. Pero además interesa tratar de entender por qué el Estado pareció concederle un espacio a las masas, y por qué los grupos dominantes renunciaron al dominio oligárquico directo para buscar un nuevo pacto social (Roll, 2001, pp. 124-126).

Las respuestas a estas cuestiones revelan el nexo peculiar de las aspiraciones de las clases dominantes con las demandas de los sectores populares que, en mayor o menor medida, fueron canalizadas por los sindicatos y que, de un modo lento, progresivo e incompleto, tomaron la forma de un sistema de seguridad social.

En cuanto a la mansedumbre de la clase obrera, ya se ha mencionado el estado incipiente en el que se encontraba el movimiento sindical cuando el liberalismo llegó al poder, y cómo se desarrolló a la sombra de éste. Así, la razón principal de la incorporación del movimiento sindical al liberalismo que se presentó como progresista, fue la debilidad y falta de organización de las masas populares. Una debilidad acrecentada con la crisis mundial, que rebajó ostensiblemente los salarios y más aún después de la crisis de 1937. Debilidad que se manifestaba en el hecho de que los sindicatos eran fundamentalmente de servicios públicos y artesanales, en tanto que los trabajadores industriales apenas estaban representados y fueron obligados a asumir el costo del desarrollo industrial [...]. Así pues, los obreros no tenían otra opción que confiar en los ofrecimientos del gobierno. En síntesis, las masas se incorporaron al Partido Liberal cuando se percataron de que su nivel de vida se deterioraba y que ellos no podían evitarlo sin ayuda externa [...]. Pero el intento de cambio político de la “revolución en marcha”, si bien tuvo el apoyo de las masas populares, contó con las élites dominantes, que finalmente impusieron su poder [...]. El protagonista principal del cambio fue el Estado que lograría el encuentro de las clases populares y la clase dominante. A través pues de estas falsas inferencias, dejan a un lado las reformas políticas y se reconstruye la dominación oligárquica bajo un nuevo esquema y se afianzan los elementos de continuismo político que se irá consolidando en cada nueva crisis, al superarlas sin afectar el poder de las élites tradicionales. El problema parece así girar en torno a la legitimidad y la eficacia. López quería la legitimidad a través de las reformas, pero la legitimidad en la que se apoyaba era la del Partido Liberal [...]. López aspiraba a que el factor eficacia impulsase la legitimidad de su gobierno, pero no tuvo tiempo para hacerlo (Roll, 2001, pp. 126-128).

No es difícil entender por qué el país estuvo de acuerdo con una “derechización” en contra de los sindicatos. Desde la perspectiva de las masas, el sesgo izquierdista de algunos sindicatos iba en contra de la satisfacción de sus demandas por las clases dominantes, las cuales se hallaban prestas a satisfacer sus demandas, pero no de la mano de López, sino de Lleras Camargo, lo que evitaba la amenaza del futuro incierto de un proceso revolucionario radical. Por eso, las esperanzas populares se depositaron en un líder como Jorge Eliécer Gaitán quien, al igual que Lleras, observó una de las grandes debilidades de las direcciones del

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

movimiento sindical, consistente en que no tenían respaldo político popular ni de sus propias bases (Silva Romero, 2005). Esto le permitió jugar estratégicamente a dos bandas entre el populismo y el bipartidismo, sin caer en la izquierda del sindicalismo, controlado policívicamente ahora por el Decreto 2313 de 1946, expedido por Lleras, pero puesto a funcionar por Ospina Pérez¹⁰⁸.

Por paradójico que resulte, en este contexto de debilitamiento de los sindicatos y de “derechización” de las organizaciones sociales, tuvo lugar la creación del Instituto Colombiano de Seguridad Social (ICSS) y el establecimiento del seguro social obligatorio mediante la Ley 90 de 1946. La legislación no fue motivada por la organización sindical, pero sí se originó como respuesta de contención a las masas movilizadas en ese momento por algunos sectores marginales del sindicalismo de izquierda y por el caudillo Gaitán.

No es extraño que Adán Andrade Arriaga, ministro en la época dorada de la Revolución en marcha, pero luego socio político de la contrarrevolución de derecha, fuera quien presentó el proyecto de la ley en mención el 21 de julio de 1945. La estrategia del Estado:

[...] se orientó hacia la consolidación de un sistema de seguridad social como forma de legitimidad política estructurada en función de la correlación de fuerzas de los sectores sociales organizados [...] durante la administración de Ospina Pérez y en una coyuntura marcada por la represión del movimiento obrero y de inicios de la violencia. En este sentido, con el sistema de seguridad social se buscó legitimar un gobierno claramente represivo por lo que la ley, que sigue de cerca el modelo bismarkiano, dejó por fuera la población rural (Rodríguez Salazar, 2001, p. 216).

.....
108 El Decreto ordena cómo debe llevarse a cabo la reunión de fundación y su notificación a un inspector, establece el contenido de los estatutos, instituye los requisitos para ser directivo sindical, define los libros que debe llevar el sindicato, reconoce personería jurídica para poder actuar como sindicato, señala que el Ministerio debe aprobar las modificaciones a los estatutos y sin ello no tendrán validez, estatuye cómo deben elegirse las Juntas Directivas y cuándo deben reunirse las Asambleas y cuáles son sus funciones, establece cómo deben manejarse y guardarse los dineros del presupuesto sindical, señala funciones principales de los sindicatos, define sanciones contra los directivos de los sindicatos, indica cuándo, por qué y cómo se disuelven los sindicatos, etc. Con tales medidas restrictivas el proceso de derechización del movimiento sindical está prácticamente acabado más aún cuando “a finales del gobierno liberal y ya triunfante Ospina Pérez, el movimiento sindical se halla institucionalizado, eliminada su capacidad de combate de los años 20, legalizada la mentalidad de todos los trabajadores del país, entrometido el gobierno en todos los pasos y actuaciones de todos y cada uno de los sindicatos, con un control férreo por parte del Estado, dividido el sindicalismo en pequeñas parcelas, en fin, desprotegido contra cualquier embestida patronal y gubernamental” (Silva Romero, 2005, p. 123).

Primeros reconocimientos de las convenciones internacionales laborales

En desarrollo de la estrategia gubernamental de contención descrita, el Ejecutivo consiguió determinar, por un lado, el marco justificador para hacer un uso acomodaticio de los convenios de la OIT sobre libertad sindical en favor de su “derechización” —cuando no de su control desde el Estado— y, por otro lado, propició la postergación indefinida de un proyecto securista de carácter universal.

Con el reconocimiento colombiano de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical de 1948 y 1949, respectivamente, el Gobierno consiguió salir al paso de las críticas del lopismo sobre irrespeto a la “normatividad” internacional acerca de la organización obrera¹⁰⁹ y pudo emplear esos mismos Convenios en favor de su causa. Recuerda Silva Romero (2005):

Invocando los convenios internacionales de la OIT sobre libertad sindical (87 de 1948), el gobierno de Ospina por decreto 2875 de 1949 deroga los artículos 61, 65 y 66 del decreto 2313 de 1946. El artículo 61 establecía la prohibición de reconcomiendo de personería a más de una federación regional en cada departamento, intendencia o comisaría, o a más de una que agrupe sindicatos de la misma rama industrial, comercial, agrícola o ganadera. El artículo 65 estatuye que la confederación estará integrada cuando menos por la mayoría absoluta de las federaciones regionales e industriales sin perjuicio de que también afilie a sindicatos y el 66 extiende el régimen de las federaciones a las confederaciones. Con la derogatoria de estas disposiciones el gobierno puede reconocer la personería jurídica a la Unión de Trabajadores de Colombia (UTC), el gran antídoto de la Iglesia y de la derecha contra el sindicalismo político de la CTC lopista.

109 “En 1944, se anexó a la Constitución de la OIT la Declaración de Filadelfia en la que se reafirmaba, como uno de los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización, que ‘la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante’. Esa Declaración reconocía, además, la obligación solemne de la OIT de fomentar la ejecución de programas que permitan, entre otras cosas, ‘lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas’. Todos estos principios enunciados en la Constitución deben ser respetados por cada Estado miembro de la Organización. Cronológicamente, el Convenio de la OIT sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), fue el primero que se ocupó del derecho de sindicación, seguido del Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 84). No obstante, el proyecto de reglamentación de la libertad sindical a nivel internacional sólo se materializó realmente con la adopción, en 1948, del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87) y, al año siguiente, del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (núm. 98), que son los instrumentos fundamentales en materia de libertad sindical. La Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado desde entonces varios otros instrumentos sobre los derechos sindicales y la negociación colectiva” (OIT, 1994, p. 2).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Algo de cinismo se da en la motivación del decreto porque es el gobierno de Ospina quien violó en todos los órdenes el Convenio 87 de 1948 y porque queda vigente la prohibición legal de paralelismo sindical a nivel de las empresas, en contra de lo dispuesto en el artículo segundo del convenio. No prohibición de paralelismo en confederaciones y federaciones y sí en los sindicatos donde el de empresa es la base de la organización. Pero el desconocimiento total de los convenios 87 y 98 de la OIT se va a dar en la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en 1950 (p. 129)¹¹⁰.

.....
110 Textualmente los convenios señalados indican: "Artículo 1. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté 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 de 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 su programa 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 de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa. Artículo 5. Las organizaciones de trabajadores y de 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 organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores. Artículo 6. Las disposiciones de los artículos 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 de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio. Artículo 8.1. Al ejercer los derechos que se les 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 nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio. Artículo 9.1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el presente Convenio. 2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía garantías prescritas por el presente Convenio. Artículo 10. En el presente Convenio, el término 'organización' significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores. 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 a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación" (OIT, 1948, p. 1). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98): "Artículo 1. 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Artículo 2.1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores. Artículo 3. Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea

De otro lado, el asesinato de Gaitán destruyó su movimiento y la organización sindical era incapaz de una movilización social generalizada, pero las demandas sociales se hacían sentir por todas partes; el descontento social se tornó en una violenta cacería de brujas, en la que ni siquiera se sabía bien a quién o qué perseguir. Los únicos estamentos estables, organizados y constantes del país (los partidos políticos, la Iglesia, el estamento militar, la Policía y la Administración del Estado) se vieron involucrados por “la fuerza de los hechos” o por voluntad propia en el sangriento período colombiano conocido como la Violencia que, afirma James Henderson (1985):

[...] no se podía definir como un conflicto entre campesinos liberales perseguidos que formaban guerrillas para combatir la policía conservadora. Imagen que otorga alguna coherencia a la Violencia, algo que esta no tenía. De hecho la Violencia fue una maraña de perversidades débilmente relacionadas con un fenómeno identificable [...]. La Violencia fue un asunto netamente colombiano a pesar de que también sacó sustento de hechos ocurridos en otros países. El miedo a la subversión comunista era un fenómeno internacional en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, y los líderes colombianos no eran más ruidosos sobre este punto de lo que eran sus colegas de otras naciones. Es verdad que las supuestas “tendencias comunistas” de los liberales fueron utilizadas con frecuencia por la venal policía conservadora y por pequeños funcionarios como una conveniente disculpa para encubrir actos de terrorismo, pero el miedo legítimo a la subversión comunista se escondía en los corazones conservadores. A medida que la Violencia ganó impulso a comienzos de 1950, y mientras los colombianos luchaban por entenderla, existía entre ellos el deseo de encontrar una víctima propiciatoria a la que pudieran culpar de sus propios errores. Y el espectro del comunismo sirvió bien a este propósito (pp. 181-182).

No obstante, como la influencia comunista en los movimientos sociales organizados fue bastante pobre y las demandas sociales se canalizaron en el intento

necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes. Artículo 4. 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. Artículo 5. 1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las Fuerzas Armadas y a la Policía. 2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía las garantías prescritas en este Convenio. Artículo 6. El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto” (OIT, 1949).

fallido del populismo gaitanista, les resultó relativamente fácil a las clases dominantes encubrir con la Violencia las deformidades de nacimiento del ICSS. Tales deformidades eran de carácter económico y de carácter sistémico, que solo décadas después llegaron a explotar con sus más nefastas consecuencias.

Acerca de las deformidades económicas, anota Óscar Rodríguez (2001):

Si bien la ley 90/1946, que dio lugar al ICSS, contempló el cubrimiento tanto de los seguros médicos como de los económicos, las transacciones políticas condujeron al gobierno de Mariano Ospina Pérez y a su ministro Arriaga Andrade a inclinarse porque el ICSS iniciara actividades brindando sólo los servicios incluidos en los seguros médicos (EGM), postergando la apertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM) y acciones de trabajo y enfermedad profesional (ATEP). De esta forma nació un modelo descapitalizado con baja cobertura y serias deficiencias en la prestación del servicio de salud. A estas circunstancias es preciso agregar la conversión de la contribución tripartita formal en una bipartita real (empleadores-empleados) que le imprimió el déficit como rasgo distintivo, en tanto el Estado incumplió con sus aportes. Además, los gremios económicos, los sindicatos y el Estado fueron responsables de las limitaciones iniciales del sistema de seguridad social; pues, la concertación implicó hacer mutuas concesiones entre los diferentes actores sociales (pp. 217-218).

No deja de ser extraño que cierto sector de la doctrina considere que este claro error en el nacimiento del ICSS fue en realidad una virtud. Señala Arenas Monsalve (2006):

[...] una de las virtudes de la legislación que dio inicio a la seguridad social fue su “realismo político”, pues diseñó un adecuado marco jurídico ajustado a la realidad socio-económica del país y a la vez previó el desarrollo futuro de la seguridad social al aplazar los seguros económicos hasta cuando las condiciones socio-políticas fueran diferentes y mientras los sectores comprometidos tomaran plena conciencia de la importancia del sistema (p. 76).

Como se advierte, una posición de este tipo sufre el defecto de la perspectiva monodisciplinar, pues no se percata de que un sistema de seguro social, por muy bien intencionado que esté jurídica y políticamente, no puede ser diseñado para nacer en déficit financiero, ya que más temprano que tarde el sistema tendrá que poner a alguien a pagar o desaparecerá.

En cuanto al segundo tipo de deformidades, sugiere Cortés Hernández (2006):

Aunque la institución adoptó sin restricciones el modelo bismarkiano, es necesario reseñar que en una etapa inicial y bajo un criterio proteccionista de Estado se dejó de lado el carácter bipartito de la financiación para asumir una aportación tripartita: Estado-empendedor-trabajador, que muchos traumatismos causó al sistema [merced a que la situación del fisco nacional no daba para prometer unos aportes que, como prebendas políticas, terminarían sin ser pagados al sistema]. En cuanto a su dinámica, al igual que sucedió con las Cajas de previsión del sector público y dados los efectos negativos ocasionados por la inapropiada injerencia estatal y los vicios de la clase política en el manejo de la entidad la nota predominante fue la falta de planeación, la ausencia de estudios actuariales, el desvío de aportes y el despilfarro, así como también el incumplimiento de los aportes por parte de los empleadores, a lo cual contribuyó el Estado con su falta de adecuados mecanismos de control y vigilancia (p. 29).

Los objetivos del ICSS que prometían al país y a las capas de trabajadores urbanos una cierta estabilidad frente a las contingencias vitales, en particular las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, se vieron postergados, pero ya con la carga a costas de una desfinanciación de origen.

Al fin de cuentas, el interludio caudillista de la dictadura de Rojas Pinilla no fue más que eso: un alto en el camino del tradicional bipartidismo auspiciado por él mismo y, al tiempo, abandonado cuando estuvo a punto de salirse de sus manos¹¹¹. En términos de seguridad social hizo más bien poco, pues el muy afamado programa “asistencial” Sendas (Secretaría Nacional de Asistencia Social) no fue otra cosa que un programa demagógico y populista que buscaba ganarse con pequeños favores a las clases bajas, tradicionalmente afiliadas —por razones muchas veces de herencia parental— a uno de los dos partidos tradicionales.

Destaca Arenas Monsalve (2006):

[...] a partir del Frente Nacional hay un decidido apoyo gubernamental a la expansión de la seguridad social en el país, y en particular, se debate ampliamente la propuesta de crear los seguros de pensiones y de riesgos profesionales. En ese periodo se

111 David Roll (2001) afirma: “El ascenso al poder de un jefe militar en un país con la tradición bipartidista de Colombia, sin ser apoyado por ningún partido en contra del otro, sólo puede significar que la inestabilidad política sin ruptura había llegado a su límite máximo. Aunque el propósito del gobierno militar fuera la pacificación y no hubiera ningún planteamiento político que desafiara el continuismo en un primer momento, el reto de la modernización política que exigían los cambios económicos fue asumido por los militares, si bien de manera ambigua y contradictoria, pero con un grado de audacia suficiente como para ser forzados a devolver el poder a los partidos tradicionales” (p. 166). Respecto a los intentos de cambio político y económico —especialmente en materia tributaria— propiciados por el gobierno de Rojas Pinilla, puede verse Arenas Monsalve (2006).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

logran, incluso, los primeros estatutos para dichos seguros, los cuales empero tuvieron múltiples dificultades legales (p. 79).

¿Cuáles fueron las razones por las que luego de casi veinte años de la Ley 90 de 1946 por fin se empezaran a considerar los seguros económicos?

Primeros seguros económicos

La implementación de la seguridad social y de la seguridad social en pensiones no ha sido en Colombia —ni en ninguna parte— un proceso jurídico evolutivo necesario ni doctrinalmente neutro. Se debe a condiciones, económicas, políticas y sociales específicas de cada momento histórico del país correspondiente. Por ahora, puede aseverarse que, dadas las circunstancias de Colombia previas a la “finalización” de la Violencia y a la exitosa contención, dispersión o “derechización” de las organizaciones sindicales, no existía algún motivo pragmático para que las clases dirigentes pensarán en un sistema pensional profesional pleno. En aquel momento político se demandaba, sobre todo, asegurarse la lealtad del sector militar, educativo y público y sus redes clientelistas con los beneficios de la seguridad económica y, para obtenerlo, ya se contaba con un buen número de regímenes especiales de pensiones y de Cajas de previsión social del sector público, Cajanal y todas sus semejantes. Moreno Lovera (2010) recuerda:

El ICSS, creado con la ley 90 de 1946 sólo empezó a desarrollarse en materia de seguros económicos con el decreto 3170 del 21 de diciembre de 1964, aprobatorio del Acuerdo 155 del 18 de diciembre de 1963, que comienza a operar el 1 de marzo de 1965 el negocio del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. El decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966 aprueba el Acuerdo 224 de 1966 y a partir del 1 de enero de 1967 comienza a captar cotizaciones por riesgos de invalidez, vejez y muerte, llamados seguros económicos, el cual fue modificado por el acuerdo 029 del 26 de septiembre de 1985 y aprobado por el decreto 2879 del 4 de octubre de 1985; cuya última modificación fue la introducida por el decreto 758 del 11 de abril de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de 1990, que son las normas que regulan el ISS anterior a la ley 100 de 1993 (pp. 6-7).

Si se llevan bien las cuentas, salta a la vista que el debate sobre pensiones profesionales se mantuvo en el limbo durante mucho tiempo. Esta circunstancia apenas empezó a ser tratada por el Frente Nacional, entre otras muchas razones, debido a la transformación de la estructura socioeconómica del país jalónada

por la Violencia y al miedo de las clases dominantes —aupada por los Estados Unidos— a una organización social no bipartidista y contestataria.

Pese a que los pactos de Benidorm (1956) y Sitges (1957) entre Alberto Lleras y Laureano Gómez que originaron el Frente Nacional no tenían en consideración reformas sociales concretas —su objetivo era asegurar el continuismo, la paridad y alternación del poder— ambos partidos eran conscientes de que las mismas no podían esperar. Tras la Violencia, Colombia ya no era un país rural con una pequeña élite preocupada más por mirar hacia afuera que hacia dentro. La verdadera y radical transformación de la cuestión agraria no fue ninguna reforma en la distribución de sus poseedores, sino el desplazamiento hacia las ciudades (Machado, 1998). El cambio en las ciudades no fue producto de la demanda de mano de obra de las empresas como aconteció en Europa; fue un medio de escape al bandolerismo en el que terminó convertido el enfrentamiento bipartidista. El cambio rápido de la relación poblacional de un 70 % rural y un 30 % urbano durante la década del setenta tomó fuera de lugar a la clase política¹¹², incapaz de sacarle el cuerpo al descontento social, al desempleo, a la informalidad laboral, etc., en un contexto propicio —el de la Guerra Fría y el de los movimientos revolucionarios de izquierda latinoamericana— para la insurrección.

David Roll (2001) anota:

La instauración del Frente Nacional constituyó la expresión más acabada de una característica constante en la dinámica del cambio político en Colombia, que a partir del fracaso de la Revolución en marcha se había afianzado con especial fuerza en el régimen político: el continuismo [...]. El Frente Nacional sirvió para reformar el continuismo político, pero con una perspectiva ya claramente desarrollista. Desde la segunda presidencia de López y especialmente al concluir la Segunda Guerra Mundial, el proceso de producción capitalista se había intensificado considerablemente, incluso durante la Violencia. Por ello, si bien el Frente Nacional respondió a la necesidad de recuperar la institucionalidad necesaria para instaurar nuevamente la dominación

112 Con fuente en los censos de población del DANE, Clara Ramírez Gómez (2001) afirma: “[...] la distribución espacial de la población se asocia tanto como el crecimiento demográfico diferencial como con los procesos de concentración y urbanización que se producen como resultados de las migraciones internas. En los últimos 50 años, la población urbana aumentó en cerca de 25 millones y medio, en tanto en dicho lapso la población rural sólo se incrementó en 4,7 millones de habitantes. La población urbana actual asciende a más de 28 millones cuando hace 30 años no superaba los diez millones. Lo anterior muestra que, en el lapso de medio siglo, la distribución urbano-rural de la población invirtió su composición. Entre 1951 y 1990 la población con residencia urbana pasó de 38 % a 70 %” (p. 491).

bipartidista sin reanimar la violencia, también cumplió el objetivo de reunificar a las clases dominantes en torno a una tarea común: el desarrollo económico (p. 208).

Las medidas con las cuales el bipartidismo enfrentó semejante reto requerían de la “pacificación” previa del país —su arma ideológica de legitimación—. Sin embargo, como en 1960 el “bandolerismo” tenía asediadas varias zonas del país, la justificación del fracaso de la “pacificación” no se hizo esperar:

[...] la explicación externa a los partidos de la persistencia del fenómeno estaba a la mano: la Violencia como herencia de la Dictadura (1953-57), aludiendo con esta fórmula exclusivamente a Rojas Pinilla y no a Laureano Gómez, tendía un manto de silencio sobre los 150.000 y más cadáveres del período 1948-53. Y, en efecto, nunca antes se había insistido tanto en la necesidad de olvidar. Era, de hecho, la complicidad del Frente Nacional, en su propio momento de nacer, por el período que se invocaba estar superando (Sánchez y Meertens, 1986, pp. 285-286).

Las circunstancias estaban servidas para mirar otra parte: a la “seducción comunista” de los trabajadores ciudadanos organizados y, al mismo tiempo, para tratar con medidas de guerra, es decir, de “orden público”, a los movimientos campesinos.

Como el ICSS había nacido bastante deformado financieramente, sumarle la carga de las pensiones era —como en efecto lo demostró el tiempo— un desatino para diversos sectores, desde la ANDI hasta algunos sindicatos. Advierte Arenas Monsalve (2006):

Fueron factores en contra de dicha ampliación la imagen negativa de algunos servicios asistenciales del ICSS, la crítica al déficit creado por el gobierno en el instituto —según cifras citadas por Rodríguez y Arévalo, aunque en 1959 el déficit llegó a más del 65 % de las cuotas estatales, en 1961 se redujo al 28 % gracias al esfuerzo del primer gobierno del Frente Nacional; no obstante, después de ese año, el déficit siguió estando por encima del 50 %— y el rechazo de los gremios al aseguramiento público de riesgo —la Ley 90/46 había previsto la posibilidad de que los patronos que desearan asumir directamente los seguros previstos en ella podrían hacerlo (art. 75); disposición que fue derogada por un decreto legislativo de 1949 y en 1957 la asamblea de la ANDI exigió que se reimplantara la mencionada norma, con lo cual las empresas de gran capital y los sindicatos con poder de negociación (UTC y CTC) podían salir del seguro, agudizando así los problemas financieros y abandonando el principio de solidaridad. Debe también mencionarse el comportamiento ambivalente de las organizaciones sindicales frente a los proyectos— fueron factores de discre-

pancia sindical las propuestas sobre el nivel de aportes, también, la comparación que se hacía el sector sindical más poderoso entre los beneficios del seguro social y lo que recibían de las empresas por la vía de la negociación colectiva, en otros aspectos el sindicato estimaba que la creación del seguro pensional hacía perder conquistas logradas en muchos años de lucha (p. 82).

Con todos los inconvenientes señalados y con la tradicional falta de consenso y concertación con la que el Frente Nacional tomó sus medidas, en 1964 se inició la vigencia del seguro de riesgos profesionales (Decretos 3169 y 3179) y en 1966 (Acuerdo 224 y Decreto 3041) se dio comienzo al seguro de pensiones, es decir, la primera pensión se causó solo el 1 de enero de 1987, mejor dicho, cuando el sistema ya estaba en crisis, según la descripción de Arenas Monsalve (2006). Además, de acuerdo con el espíritu de la ley que le dio origen, el ICSS no debía estar sujeto al clientelismo bipartidista, menos aún en el cálculo actuarial de las cotizaciones, pero en el contexto de una organización política como la del Frente Nacional, que fundaba su estabilidad en el reparto burocrático, ello era imposible. Recuerda Cortés González (2009):

Se presentaron dificultades desde el inicio de operación del Instituto que, en lo concerniente a las cotizaciones, debía iniciar con un aporte del 6 % (3 % patronal, 1,5 % de los trabajadores y 1,5 % estatal); en el año 6 debía subir el aporte al 9 %, en el 11 al 12 %, en el 16 al 15 %, en el 21 al 18 % y en el 26 al 22 %; pero cuyo incremento no se hizo efectivo por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado. [...] las tasas de cotización al seguro social eran bajas. En CAJANAL correspondían inicialmente al 3 % y luego al 5 % de aporte por parte de los afiliados, con lo cual difícilmente se cubrían los gastos generados por los riesgos de enfermedad no profesionales y maternidad, y de ninguna manera los económicos y de largo plazo [...]. En 1959 el Ministerio de Trabajo expresó que la situación de las cajas de previsión era difícil financieramente y que su quiebra sería insuperable. Lo anterior teniendo en cuenta que a la financiación del fondo para el pago de las prestaciones de largo plazo (pensiones) solamente se aplicaba para entonces un 20 % de los recursos recaudados (pp. 136-137).

Por si fuera poco, desde sus inicios, a la deformación financiera estructural del sistema de aseguramiento pensional obligatorio se sumaron dos grandes inconvenientes. Por una parte, las Cajas de previsión oficial, en cuanto nichos del clientelismo regional y partidista, fueron las primeras en desequilibrar el presupuesto nacional a favor del sostenimiento de un sistema económicamente inviable:

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

[...] según cifras del actuario suizo Paul Schwab, el balance de CAJANAL arrojaba en 1953 ya un pasivo pensional superior a los 500 millones de pesos [debido a que] el período mínimo de servicios para obtener pensión era demasiado corto y no se había intentado relacionar el monto de la pensión con el número de años de servicio (Morales Benítez, 1986, citado en Arenas Monsalve, 2006, p. 82).

Por otra parte, con la expedición de la Ley 171 de 1961 se creó una “prestación social atípica”, la llamada pensión-sanción. Aunque en principio pretendía favorecer la estabilidad laboral, terminó dificultando la operatividad del sistema, porque como la Ley preveía que todo empleador que despidiera de manera injustificada a un trabajador con más de diez años de antigüedad estaba obligado a reconocerle una pensión proporcional a la que le habría correspondido si hubiera trabajado los veinte años exigidos, cuando llegó el momento de la implementación real del sistema de cotizaciones del ICSS muchos trabajadores entraron a discutir jurídicamente el derecho a la pensión-sanción.

Pensión y organización sindical: ¿Crisis del sistema?

Pese a que Arenas Monsalve (2006) considera que el período que va de 1967 a 1977 fue de expansión del sistema de seguridad social, puede notarse que, en materia de pensiones, dicha expansión no tuvo lugar, pues ello supondría el pleno establecimiento del sistema (que en términos de gestión implica todo el proceso: desde el recaudo de cotizaciones hasta el pago de mesadas) y esto no sucedió. La historia del ICSS —posterior ISS— en materia de pensiones es la “crónica de una muerte anunciada”, la crónica de un desangre presupuestal que esta generación colombiana ha de pagar para sostener un sistema nacido con una enfermedad terminal. Según Roberto Steiner (UNRadio, 2011a), del Centro de investigaciones de Fedesarrollo, el pago de pensiones actual se lleva el total del recaudo por concepto de IVA y, además, solo cubre a un millón de personas, un 80 % de las cuales son pensionadas que están dentro del grupo más rico de la población colombiana o que lograron formar parte de uno de los regímenes especiales¹¹³.

En efecto, aunque se sabía de tiempo atrás que al amparo de los Decretos 1835 de 1965 y 687 de 1967:

.....
113 Esto es “el valor de las pensiones de jubilación en curso, decretadas a favor de funcionarios oficiales, tiene entre 1993 y 2020, a precios de 1992, un valor cercano a los nueve billones de pesos que a valor presente equivalen a más de cinco billones, lo que a su vez significa el 15,7 % del PIB de este año” (Rodríguez y Arévalo, 1994, p. 238).

[Se] estipuló que el manejo de las reservas de ICSS operaría en virtud de un contrato de fideicomiso y suscripción de bonos de valor constante para la seguridad social (firmado entre el ICSS, el gobierno y el Banco de la República), lo que le facilitaba al Estado hacer uso de una parte del ahorro nacional, se optó por este sistema descapitalizador (Rodríguez Salazar, 2001, p. 219).

La consecuencia obvia no podía ser otra que pasar de un sistema de capitalización a uno de reparto. Esto, empero, no significó mejorar la situación deficitaria del sistema, pues este no consiguió satisfacer ninguno de los criterios económicos y actuariales para ser posible. Según Ricardo Bonilla (2001):

La pensión de jubilación debe ser resultado de la combinación de una serie de circunstancias que contribuyen a hacer posible su disfrute y el monto de su liquidación:

-En primer lugar es consecuencia de la capacidad de acceso al sistema, inicialmente reservado a quienes sostienen una relación laboral y pueden realizar aportes permanentes, para ser extendido, poco a poco, a trabajadores independientes y a todos aquellos que trabajan en sectores no estructurados.

-En segundo lugar es resultado del tamaño y la continuidad de los aportes, con los cuales se constituye el fondo y la acumulación de las reservas para el futuro, por lo tanto tiene como requisito el establecimiento de una saludable regla de juego en la que los afiliados contribuyen y la evasión y la elusión son prácticas desconocidas o poco usuales.

-En tercer lugar es necesario diseñar y conservar un sano equilibrio entre las contribuciones y los beneficios, de tal manera que los aportes permitan consolidar un ahorro de largo plazo suficiente para otorgar los beneficios de la vejez a una edad adecuada y en un monto compatible con el sistema, es decir, no puede ser ni a una edad laboral temprana ni con un monto elevado.

-En cuarto lugar es producto de la buena administración de los recursos acumulados, con buenas decisiones de inversión y bajos costos de gestión. Los aportes para los fondos de pensiones, públicos o privados, representan una fuente importante del ahorro de un país, por lo tanto, constituyen el soporte para desarrollar el mercado de capitales con la presencia de inversionistas institucionales, requieren de una administración profesional cuyo costo no puede ser superior al de otras actividades de la economía nacional y una alta dosis de responsabilidad respecto a las decisiones y los resultados de la inversión (pp. 310, 312).

Paradójicamente, ninguna de las condiciones anotadas fue satisfecha por el sistema de seguridad social en pensiones anterior a la Ley 100 de 1993, pues si

bien durante la década de los setenta hubo una cierta expansión en las áreas de salud, riesgos profesionales y compensación familiar (en particular con el establecimiento del “seguro médico familiar” auspiciado por el Decreto Ley 433 de 1971), las modificaciones financieras dadas por el Estatuto —el mismo Decreto Ley 433— que “reorganizó” el ICSS (el Estado pasó de ser cotizante a contribuir con recursos del presupuesto del Instituto en una estructura que ordenó al Seguro la separación proveniente de cada riesgo) terminaron por aniquilar una perspectiva sana del sistema pensional.

En términos coloquiales, dichas modificaciones lo que hicieron fue legalizar “el conejo” del Estado, a sabiendas de que lo único que se conseguía con el Decreto 1935 de 1973 (por el cual se permitió al Seguro Social disponer de parte de los ingresos de los seguros de pensiones y de riesgos profesionales para saldar un eventual déficit en cualquier otra rama del seguro) (Arenas Monsalve, 2006) era aplazar el estallido del sistema cuando el ISS tuviera que empezar a cancelar las pensiones. Sin embargo, en ese momento nadie se atrevió decir nada desde la oficialidad. La justificación de la omisión era simple: en el contexto de la política estadounidense de zanahoria y garrote (Alianza para el progreso, Plan Laso y Operación Cóndor)¹¹⁴, ningún grupo político estaba dispuesto a pagar el costo político y social de denunciar el inminente fracaso del sistema pensional general.

114 El programa Alianza para el progreso se inició bajo la presidencia de John F. Kennedy, con la intención de promover el desarrollo en América Latina mediante un proceso de modernización. Era una época de plena Guerra Fría con momentos candentes, dada la expulsión de Cuba de la OEA. La política de Estados Unidos dio un giro, porque en la situación bipolar tocaba ganar aliados y el Plan Marshall de recuperación europea después de la Guerra Mundial hacía que los países latinoamericanos exigieran un programa de apoyo para el desarrollo. En la década del cincuenta, Estados Unidos había descuidado estos países y se estaba gestando todo un clima de protesta social, con demandas por transformaciones como la reforma agraria, asistencia social, etc. y todas esas exigencias eran expresadas por los líderes presidenciales. En este contexto, Alberto Lleras desempeñó un papel importante porque la Alianza se venía “cocinando” desde la OEA y, ante el malestar que se venía gestando en América Latina, el vicepresidente Richard Nixon recibió las manifestaciones de piedras y palos en Venezuela, Argentina y Perú. En Cuba ya se había presentado un cambio drástico y podían llegar al poder los grupos comunistas en otros lugares. Los procesos de modernización en América Latina contrastaban con la relación de dependencia, atraso y pobreza de la mayoría de países. El objetivo de la Alianza era luchar contra la pobreza y cincuenta años después podríamos decir que estamos peor, aunque sería injusto demandar a los programas lo que no podían dar. Cualquier cambio o desarrollo estaba afectado por un crecimiento exacerbado de la población y uno de los programas bandera estaba relacionado con la tasa de natalidad y el control demográfico. Había una visión ingenua para el desarrollo y los programas sociales no se podían implementar, porque las realidades sociales eran más complejas. Gabriel Misas (2001) relató que Colombia venía de un régimen de hegemonía conservadora, interregno militar y se iniciaba el Frente Nacional; simultáneamente, surgía la revolución cubana. Había una difícil situación económica por la caída de los precios del café, la baja en las importaciones, la devaluación del peso y la poca acogida en la banca internacional. Se contó con un plan de desarrollo hecho por la Cepal y se hizo un intento de reforma agraria. Aquí hubo un gran entusiasmo por la Alianza, alentando las élites. No se pueden desconocer los esfuerzos que hicieron por

Mejor sería alentar las Cajas y los regímenes especiales y dejarle a un futuro —sin la amenaza de un socialismo revolucionario o democráticamente triunfante a lo Cuba o Chile— la solución del problema. Mientras tanto, sería mejor abordar la cuestión de manera no secuencial, sino simultánea, con una doble estrategia: por un lado, asegurar ciertas concesiones al Derecho Laboral y de Seguridad Social de los trabajadores y, por otro, contener la actividad sindical en los precisos términos de la “licitud democrática”.

La primera estrategia tomó forma con el Decreto 2351 de 1965, convertido en la Ley 48 de 1968, el cual, para muchos sectores del sindicalismo, significó una importante conquista de los trabajadores, en la medida en que se obtuvo la eliminación de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo y fortificó el sindicalismo y la negociación colectiva. Así lo resume Marcel Silva Romero (2005):

[...] para establecer los alcances del decreto 235/65 debe destacarse que su núcleo central es la estabilidad laboral, pues: 1° se elimina la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, para consagrar que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia y el empleador no lo puede dar por terminado sino por justa causa de despido [...] 2° pero si despide sin justa causa un número plural de trabajadores, el Ministerio de Trabajo, encargado de la política de empleo, puede declarar dichos despidos como colectivos y la consecuencia será la nulidad, no produciendo efecto alguno [...] para fijar la representatividad sindical en los conflictos se recurre únicamente alrededor del número de trabajadores de una misma empresa [por lo que] la prohibición de paralelismo sindical sólo procede para los sindicatos de empresa. [Así] las dos únicas formas de extensión de la convención colectiva dependen del número de trabajadores de la empresa que estén afiliados al sindicato. Se elimina la preferencia del sindicato de empresa para la representación de los trabajadores en los conflictos colectivos y se radica: representación del sindicato mayoritario [o] la representación conjunta cuando ninguno de los varios sindicatos de una misma empresa tenga la mayoría. Se mantiene la definición de convención colectiva como la que se suscribe entre uno o varios patronos y uno o varios sindicatos [pero se agrega que] es un derecho sustantivo de los trabajadores suscribir convenciones por rama industrial [...]. Se prohíben los despidos durante el trámite del conflicto colectivo. Se perfeccionan los mecanismos de extensión de las convenciones colectivas: i. por adhesión, ii. automática, iii.

estimular el deporte, mejorar la alimentación y salud y deben recordarse los elementos de los Cuerpos de Paz. La encrucijada para los “gringos” era que no todo funcionaba y eso cuestionaba sus modelos de desarrollo. No obstante, más allá de las bondades de la Alianza para el Progreso, esta era una política general de lucha contra el comunismo que respaldó la doctrina contrainsurgente (Latin American Security Operation: LASO) y en Colombia llevó a la transformación de los “bandoleros” en guerrillas —las FARC, por ejemplo—.

por acto gubernamental. Cuando el empleador no pague los salarios o los disminuya colectivamente, el paro que realicen los trabajadores le será atribuible y por ende no se suspenderán los contratos de trabajo debiendo pagar todas sus obligaciones durante ese lapso. Se viabilizan los tribunales de arbitramento por solicitud de los trabajadores (pp. 160-163).

Según Arenas Monsalve (2006), el corolario de estas “concesiones” desde el punto de vista de la seguridad social lo constituyen:

El desarrollo de la reforma administrativa de 1968 es un importante esfuerzo de unificación normativa y de tecnificación del sistema prestacional oficial. Fueron normas fundamentales de este esfuerzo la expedición del Decreto Ley 3135 de 1968 y decreto reglamentario 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de nivel nacional, para los niveles seccionales se conserva la legislación originada en 1945, lo mismo que para las ramas distintas a la administración. Adicionalmente el D.L. 3118 de 1968 centraliza en el Fondo Nacional del Ahorro el manejo de las cesantías oficiales [...]. Además el Estado decide buscar la forma de arbitrar nuevos recursos para la seguridad social en el sector oficial. Son ejemplo de este tipo de soluciones la Ley 4ª de 1966 (que estableció como fuentes de financiación: un 5 % del salario mensual del funcionario o pensionado afiliado; una cuota patronal del 5 % y un impuesto sobre toda nómina o cuenta que pagaran las entidades estatales) y el decreto 435 de 1971 [...]. En este período, adicionalmente, se produce un importante elemento de expansión de la seguridad social desde el punto de vista de los sujetos protegidos. Se trata de la preocupación estatal por la situación de los pensionados y su núcleo familiar. Fruto de esta preocupación fue la expedición de varias leyes protectoras de los pensionados y sus familias, independientemente de cuál fuera la entidad responsable del pago de la pensión respectiva: la ley 10 de 1972 que estableció por primera vez sanción moratoria por el no pago oportuno de la pensión; la ley 33 de 1973 que transformó en vitalicias las pensiones que en normas anteriores habían sido establecidas temporalmente a favor de viudas de los pensionados fallecidos; la ley 12 de 1975 que estableció el derecho a la sustitución de la pensión a favor del “cónyuge supérstite” y también la posibilidad de que la pensión fuera sustituida a la “compañera” permanente [...] finalmente, la ley 4ª de 1976, conocida como el “estatuto del pensionado”, un esfuerzo de justicia social para los pensionados expedida por fuera de los criterios técnico-financieros, que destacaba: el derecho al reajuste anual del monto de la pensión, el límite mínimo de un salario mínimo para toda pensión, el derecho a una mesada adicional, el auxilio por gastos de sepelio y, por último, creó el derecho a que los pensionados y su familia disfrutaran de los servicios asistenciales de los trabajadores activos (pp. 93-95).

A criterio de Silva Romero (2005), la otra cara de la moneda, esto es, las medidas de contención de la organización sindical vienen dadas por la “contra-reforma laboral” vía jurisprudencial, por el establecimiento del Decreto 939 de 1966, que instituye otra causal del tribunal de arbitramento obligatorio (cuando la huelga supera los cuarenta días y los trabajadores no soliciten, el tribunal del Ministerio de Trabajo podría convocarlo) y por el frustrado impulso legislativo de los tribunales de arbitramento como sustitutos de la huelga en el sector privado.

Cuando hay un breve alto en el auge de la lucha de masas iniciada desde 1958, la Corte Suprema de Justicia convierte los tribunales de arbitramento en el horno crematorio de los derechos extralegales de los trabajadores y de las esperanzas que vivían cuando tenían próxima la fecha de vencimiento de la convención. En el auto del 28 de julio de 1967 y la sentencia del 30 de octubre del mismo año, la sala laboral le da a la denuncia del patrono el efecto, no sólo de manifestar su voluntad de querer terminarla, sino la de que sus pretensiones integren también el conflicto colectivo, debiendo los negociadores y en su defecto los árbitros pronunciarse sobre lo pedido en ella [...] si la denuncia de la convención le permitía al empleador derogar las cláusulas que consagraban derechos de los trabajadores ¿por qué no denunciarlas todas? Tal planteamiento traería la destrucción total del derecho de negociación [...]. Nace así la noción jurídica del contrapligo, o sea que el empleador debe concretar sus puntos de modificación de la convención colectiva vigente para desmejorarla [...] si al terminar el lapso pactado en la convención colectiva el empleador consigue hacer derogar los derechos de los trabajadores mediante una decisión arbitral la preferencia en la política sindical será recurrir a la huelga como única opción viable [...] es preocupación del presidente Lleras al intentar desalentar el ejercicio de huelga en los sectores privados viabilizando los tribunales de arbitramento [...] a través de la ley 48/68 (en particular con su art. 3, núm. 2) que estimulaba que los trabajadores con derecho a huelga a solicitar la convocatoria de un tribunal para dirimir las diferencias con el empleador, garantizando eso sí que los árbitros no podrían recortarles ningún derecho pues su conflicto sólo lo integraría su pliego de peticiones. [Sin embargo] en la sentencia del 12 de junio de 1970 la Corte en contra del querer del ejecutivo y del legislativo declara inexecutable esa parte del núm. 2 del art. 3º de la ley 48/68, lo que condujo, entre otras cosas, a que los trabajadores, en lugar de alegrarse porque la convención va a terminar y se logren mejores condiciones, experimentan con pavor la expiración de su vigencia porque el empleador con la sola denuncia obtendrá que sus derechos conquistados les sean suprimidos por un tribunal de arbitramento. Lo que sugiere que se aumenta el grado de polarización de las fuerzas sociales (Silva Romero, 2005, pp. 169-177).

Hoy aún se especula sobre las razones por las que en una decisión apretada con ocho salvamentos de voto la Corte Suprema de Justicia impidió facilitar las vías consensuales para dirimir los conflictos laborales y, con ello, abocó al movimiento sindical a las medidas de hecho y a una mayor politización. Es claro que, con una decisión de ese tipo los empleadores se percataron del poder contrarreformista de la jurisprudencia para su beneficio.

Ante las medidas restrictivas, la evolución sindical llegó a un período valle que anunció otro de declive. Según censo del Mintrabajo y de la Escuela Nacional Sindical (estructura sindical colombiana: Norberto Ríos), entre los años de 1947 y 1965 hubo un notable crecimiento en el número de sindicalistas —se pasó de 165.695 a 700.000— y de la tasa de sindicalización, que pasa de un 4,7 a un 13,4 (Urrutia, Rodríguez, Rodríguez y Sánchez, 2010). Después de este período de crecimiento, en plena década del setenta, se asistió a cierto estancamiento o inercia en el sindicalismo que aunque se mantiene en promedio el número de afiliados, en la década del ochenta desembocó en una notable disminución en la tasa de sindicalización, inferior incluso al 4,7 de la década del cuarenta (Urrutia *et ál.*, 2010).

Adicional a este fenómeno, durante el mismo lapso se focalizó la actividad huelguística en la negociación de peticiones obreras.

En efecto, la mitad de las huelgas realizadas entre 1960 y 1980 tuvo su origen en la negociación de pliegos de peticiones, [mientras] que en la década de los ochenta este motivo fue la segunda causa más importante de conflicto, pues para este período más de la mitad de las huelgas tuvieron su causa en la violación empresarial de normas legales o convencionales, destacándose además un notable aumento en las protestas políticas después de 1981 (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 25).

Salta a la vista que las medidas restrictivas señaladas tuvieron éxito. ¿Con qué objeto se sindicalizarían los trabajadores si la negociación de sus intereses sería tan engorrosa o peligrosa como para perder beneficios acordados contractualmente? Más aún cuando la ilegalidad de las huelgas, de acuerdo con el Artículo 451 del Código Sustantivo de Trabajo, hasta antes de la expedición de la Ley 1210 de 2008, era declarada “administrativamente por el Ministerio de Trabajo”, esto es, por el Gobierno que oficiaba como “juez y parte”.

En estas condiciones, como bien indica Silva Romero (2005), se desarrolló un proceso de acumulación de fuerzas y de rechazo a los tribunales de arbitramento

y se recurría a la huelga como único mecanismo para resolver las aspiraciones reivindicativas.

[...] ni los discursos de Marx, Engels, Mao, Fidel Castro o el Che, ni llamamientos a la revolución, ni la supuesta infiltración comunista y revolucionaria en los sindicatos va a ser tan eficaz para radicalizar las direcciones sindicales, como la decisión de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (p. 184)¹¹⁵.

En la dirección de izquierda radical de los sindicatos, los trabajadores veían más alentadoras posibilidades de obtener sus demandas que en la mediación del Estado frente a los patronos.

Así las cosas, se acentuaron en el sindicalismo las dos tendencias históricas que ya se refirieron: la desconfianza en el papel mediador del Estado y la táctica de confrontación, en lugar de colaboración y consenso con los patronos. Esta situación fue propiciada por el mismo Estado antes que por la ANDI y condujo al “gran” paro del 14 de septiembre de 1977, el cual —ya ratificados formalmente los Convenios 87 y 98 de la OIT mediante las Leyes 26 y 27 de 1976— se propuso, aunque no se logró, eliminar la prohibición del derecho de negociación de un gran sector de trabajadores estatales, la restricción de derecho de huelga para trabajadores oficiales y privados y las denuncias y los “contraplegos” patronales.

En materia de seguridad social en pensiones, a este movimiento reactivo del sindicalismo se contrapuso una cauta —si no dócil— posición de los trabajadores. Ante la jurisprudencia de la Corte que le dio a la denuncia del patrono la posibilidad de desmejorar los derechos ya obtenidos por los trabajadores, optaron por la renuencia a plantear pretensiones pensionales mediante convención colectiva. Frente al peligro de una desmejora en la situación, valía más confiarse en un Seguro que garantizaba condiciones pensionales a futuro, sobre todo en las Cajas de Previsión y los regímenes especiales, menos inciertas que las que se podrían obtener de los patronos en complicidad con el Estado¹¹⁶.

115 La politización en el sector sindical no solo se refiere a las inclinaciones de izquierda, pues en la historia sindical de las décadas del sesenta y del setenta hay una gran variedad de oscilaciones políticas de las federaciones, confederaciones o centrales obreras, que van desde el conservatismo originario de la UTC, el “liberalismo” del MOIR, el protoc comunismo de la CSTC, las alianzas programáticas del sindicalismo independiente y los conocidos comités de unidad sindical, con sindicatos como la CTC. Así lo refiere Marcel Silva 2005: “[...] el lenguaje utilizado en el sindicalismo era el de rechazo radical frente a todos los demás que no estuviesen de acuerdo con su punto de vista o su organización política” (p. 184).

116 Como se recordará, antes de la creación de la Ley 100 de 1993, existía gran cantidad de regímenes pensionales especiales (sector oficial, Congreso de la República, Alcaldías, Gobernaciones y Rama Judicial, entre otros)

[...] en esta fase hay una marcada influencia de la jurisprudencia en el desarrollo del sistema pensional de seguridad social, dado que comienzan a llegar a la justicia los primeros conflictos por la aplicación del mismo, aquí la jurisprudencia define aspectos tan importantes como los alcances de la pensión-sanción, la definición de cuándo la pensiones corresponden al empleador y cuando al seguro y la decisión sobre la constitucionalidad del tránsito prestacional al seguro social (Arenas Monsalve, 2006, pp. 96-97).

En este punto, por incongruente que parezca, la Corte Suprema de Justicia (1979; 1980; 1982) se puso del lado de los trabajadores cotizantes, al considerar que la institución de la pensión-sanción se mantenía vigente a pesar de la existencia del sistema pensional del seguro¹¹⁷. Tal posición favoreció la postura cauta de los trabajadores ante la negociación colectiva en pensiones, máxime cuando la misma Corte Suprema colaboraba con su jurisprudencia a que se desmontaran los derechos convencionales de los trabajadores¹¹⁸.

El augurio de la debacle

Las difíciles relaciones, los flujos y reflujos en materia de Derecho Laboral colectivo y seguridad social en pensiones durante la segunda mitad de la década del setenta tienen dos frentes: el político y el económico; la finalización de una época y el umbral de otra. En el primer frente, con la elección de López Michelsen (1974-1978) supuestamente finalizó el Frente Nacional, pese a que el objetivo trazado por sus creadores de acabar con la violencia no se había cumplido y, en

que favorecían a ciertos grupos de interés. Por nombrar unos pocos ejemplos: los empleados del régimen especial de la Rama Jurisdiccional podían pensionarse a los 55 años, los hombres y a los 50, las mujeres, con veinte años de trabajo en el sector oficial y diez en la Rama. Los empleados de la Contraloría General debían haber trabajado veinte años en el sector oficial y diez en la Contraloría y tener 55 años los hombres y 50 las mujeres. Los sectores privado, oficial y mixto tenían sus propios regímenes.

117 Con el objeto de salir al paso de esta interpretación jurisprudencial, el Gobierno resolvió modificar el Reglamento general del seguro de pensiones del ISS con la expedición de la normatividad (D. 2879/85) que establece que la pensión-sanción se integra a la de vejez que reconozca el Seguro. Más tarde, con la Ley 50 de 1990, se hace casi inaplicable la pensión-sanción cuando se ha cumplido la obligación patronal de afiliación al Seguro Social, tendencia que se mantiene en la Ley 100 de 1993.

118 Según Marcel Silva (2005), en la década del setenta la Corte Suprema asumió criterios como estos: los árbitros no pueden decretar la retroactividad salarial entre la fecha que se expide el laudo y el día en el que se venció la convención colectiva (Corte Suprema de Justicia, 1974a); los árbitros no pueden crear nuevas prestaciones sociales; solo pueden aumentar las prestaciones establecidas por convención o laudo anterior (Corte Suprema de Justicia, 1974b); los árbitros solo pueden decretar incrementos económicos en salarios y prestaciones, pero pueden desmejorar las convenciones colectivas tanto en los aspectos estrictamente monetarios como en otros derechos como estabilidad, pensiones, cesantías, etc.

cambio, se institucionalizó el continuismo bipartidista burocrático y clientelista. David Roll (2001) expresa:

Durante la fase de los gobiernos de libre elección hay varias características que vale la pena señalar como pruebas inequívocas de que el Frente Nacional no fue el paliativo que la clase dirigente bipartidista esperaba para los males del país. En primer lugar, el carácter bipartidista se mantiene aún, pues desde 1974 hasta el período actual ha habido sólo gobiernos —originados— de los partidos tradicionales [...] lo que demuestra la adaptabilidad del bipartidismo [...]. En segundo lugar, y como lo muestra el recrudecimiento de la guerra, es pertinente señalar que mientras que durante el período del Frente Nacional la porción de recursos destinados a gastos de defensa fue de un promedio de 1.833,39 millones entre los cuatro gobiernos, en los llamados de libre elección desde Alfonso López hasta Andrés Pastrana se ha gastado un promedio de 4.937,64 millones, lo que demuestra la presencia cada vez mayor del gasto de guerra dentro del presupuesto nacional (pp. 215-216).

En el segundo frente, el programa de sustitución de importaciones, en cierta forma amparado por la Alianza para el progreso, consiguió avanzar hacia la producción de algunos bienes intermedios y en especial de consumo, pero no pudo ampliar su producción más que para satisfacer un mercado interno estratificado. Desde entonces se alentó un círculo vicioso que aún persiste: la industria no progresa, porque el mercado interno es estrecho y este último limita la generación de empleo y la expansión de la demanda, lo que a su vez restringe el crecimiento industrial. Así explica Consuelo Corredor (2001):

En efecto, los años 50 marcan un punto de inflexión: de una sociedad básicamente agraria y rural, con un evidente retraso agrícola e industrial respecto a otros países de América Latina, se abre paso un acelerado proceso de modernización económica hasta mediados de los años setenta: una mayor pérdida de la actividad agropecuaria en el PIB, un desarrollo industrial a ritmos mayores y un acelerado proceso de industrialización. Sin embargo este dinámico proceso se agotó rápidamente, lo que hace al año de 1975 un punto de quiebre, en el que dadas las dificultades en la valorización del capital se da inicio a un ciclo de acumulación especulativa, profundizando las restricciones a la actividad productiva y contribuyendo en forma importante al clima de inestabilidad social por las características del proceso: en primer lugar, si bien se operó una reducción de la brecha entre la producción agrícola e industrial, no fue menos importante el rezago de la productividad industrial lo que contribuyó a que en la década de los setenta se registrara una disminución en la tasa de rentabilidad industrial y un crecimiento negativo en los primeros años de los ochenta. El paquete

tecnológico adoptado en uno y otro sector, privilegió el uso capital y de los insumos importados con lo cual se castigó la mano de obra, restringió la disponibilidad de capital e hizo del desempleo y de la restricción de las divisas, problemas persistentes. La prioridad que se le otorgó a la agricultura comercial en detrimento de la tradicional, hizo de la insuficiencia alimentaria un problema de primer orden por sus efectos sobre el deterioro de los salarios y de la calidad de vida, la reducción de la demanda potencial para otro tipo de bienes, afectó el ahorro y la inversión e indujo procesos inflacionarios. Adicionalmente, esa opción condujo a la distracción de divisas para atender las crecientes importaciones para abastecer el mercado interno. La creciente tendencia a la concentración hizo que la gran propiedad, la agricultura comercial y las firmas oligopólicas fueran las principales beneficiarias de la modernización (pp. 26-27).

En este contexto, la estructura del sistema pensional colombiano estaba como había nacido: en crisis, desfinanciado y fragmentado por un gran número de retoques legales y jurisprudenciales que, sin un debido seguimiento técnico-actuarial y con apenas un reconocimiento formal de los Convenios de la OIT sobre libertad y negociación sindical, no podrían hacer plausible un sistema integral contributivo beneficioso para todas las partes.

Pensión y organización sindical en Colombia en el marco del ajuste económico

Para Marcel Silva (2005), la presidencia de López Michelsen es la antesala del neoliberalismo; para David Roll (2001), por el contrario, fue el intento frustrado de modificar la tendencia continuista asentada en el sistema político de dieciséis años atrás. Lo cierto es que el fracaso del intento por convocar una Asamblea Constitucional —el acto de su convocatoria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia— demostró que terminar con la concepción patrimonialista del Estado, originaria del reparto bipartidista de la burocracia y sus beneficios, solo podría hacerse por medios no constitucionales, como ocurrió en la década del noventa.

Tal vez por ello la década del ochenta en Colombia puede caracterizarse como una época reaccionaria y de umbral, en la medida en que, primero, se trató de controlar la protesta social incluso por la fuerza aunque, al mismo tiempo, se procuró estructurar los beneficios sociales ya existentes; segundo, se inició la materialización del proceso de la política de ajuste económico impulsada desde el FMI, el BM y la Cepal como respuesta a la crisis económica de esa década, lo

cual consume la retracción de los derechos sindicales y del apenas recién nacido Estado de bienestar.

No hay mucha discusión acerca de que el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982) fuera un cuatrienio que, servido del Estatuto de seguridad creado al amparo de las facultades excepcionales otorgadas por “estado de sitio” que tuvo vigencia casi ininterrumpidamente desde 1947, acentuó la inestabilidad crónica del sistema político. Su estrategia de contención de los conflictos sociales por la fuerza limitaba la protesta sindical y la participación democrática y deslegitimó la alternativa bipartidista de solución de los conflictos sociales. En este trance, Colombia no tuvo que recurrir formalmente a las dictaduras militares del Cono Sur para implementar la Doctrina de seguridad nacional, impulsada desde Estados Unidos, pues el Decreto 2923 de 1978 cumplía ya todos los requerimientos represivos que en otros países fue necesario implementar al margen de la democracia.

Sobre el mencionado Decreto recuerda Silva Romero (2005):

[...] los paros cívicos, las huelgas, las movilizaciones en las ciudades y en el campo son drásticamente reprimidos en un proceso donde no hay ninguna garantía de derecho de defensa [...] se penaliza nuevamente el ejercicio de la huelga de todos aquellos a quienes la ley laboral no se la autoriza, es decir a más del 80 % de los trabajadores colombianos. Los allanamientos a los locales sindicales, la tortura, la desaparición de dirigentes y activistas sindicales, la supresión de personerías jurídicas será la constante durante los años de gobierno del binomio Turbay-general Camacho Leyva. En materia laboral no hay excepción a esta regla, la Corte Suprema de Justicia continúa restringiendo al máximo las posibilidades legales de desarrollo de los conflictos con su negativa a la retrospectividad de los laudos, la reducción únicamente a aspectos de incremento monetario confundiéndolo con el conflicto económico o de intereses y con la interpretación estrecha del artículo 458 con la cual declaraba inexecutable cualquier concesión no monetaria a los trabajadores por parte de los árbitros (p. 196).

No existía el ambiente ni el ánimo para que los trabajadores plantearan reformas a los regímenes —de intereses no monetarios, según la Corte Suprema de Justicia— de seguridad social en pensiones mediante convención colectiva. Por más que el establecimiento político procurara poner todo el énfasis de la política en la solución de los problemas “de orden público”, primero con el “garrote” de Turbay y después con la “zanahoria” de Belisario Betancur (1982-1986), la situación económica mundial y nacional dictaban otra cosa.

Durante los años que siguieron a la primera crisis del petróleo del setenta, 74 de los países en desarrollo, desde la enorme Brasil hasta la diminuta Granada, contrajeron deudas con los bancos por un valor superior a los 500 millones de dólares. La parte del León de los fondos fue recibida por los países con buenas perspectivas económicas, principalmente aquellos que desarrollaban entonces una base industrial (con la colaboración de las empresas multinacionales), o aquellos que parecían tener futuro como productores de petróleo [...]. Casi todos los gobiernos latinoamericanos eran deudores potenciales y además dispuestos, dado que gran parte de ellos enfrentaba cuentas crecientes por conceptos de importaciones de petróleo y dado que los empréstitos eran poco costosos en términos reales. Con anterioridad a 1971, el grueso del capital extranjero que entraba a América Latina provenía de inversión directa, con excepción del breve periodo de la Alianza para el progreso (1961-1965), cuando la mayor parte del ingreso fue suministrada por el gobierno norteamericano. Entre 1975 y 1982, sin embargo, fueron los bancos los que prestaron cerca de 60 mil millones de dólares a Latinoamérica [...]. Para los países fuertemente endeudados del tercer mundo, estos desarrollos eran poco menos que desastrosos. Un economista norteamericano ha estimado que el costo del aumento inicial de las tasas de interés para los NOPEPs (países fuera de la OPEP) fue de 20 mil millones de dólares anuales entre 1980 y 1981. Esto coincidió con el deterioro en los términos de intercambio, que representó un costo adicional de 79 mil millones, sumado a la caída del volumen real de exportaciones debida a la recesión occidental. El servicio de la deuda se convirtió, por consiguiente, en una carga insostenible. Entre 1978 y 1984 la amortización total de intereses por parte de Latinoamérica aumentó en un 360 %, y la suma total adeudada o avalada a los mercados financieros internacionales por sus gobiernos se incrementó en un 250 %. La crisis de la deuda, en una palabra, resultaba inevitable (Roddick, 1990, p. 57).

En semejantes circunstancias, era obvio que el establecimiento no se preocuparía por la seguridad social, menos aún por las organizaciones sindicales que podrían ser deslegitimadas con facilidad en sus pretensiones por la supuesta cercanía con los movimientos de izquierda. Pese a ello, el ánimo conciliatorio por el que Belisario Betancur fue elegido condujo a la expedición de la Ley 30 de 1985, la cual, *grosso modo*, redujo todos los términos legales de negociación, eliminó la etapa de conciliación y estableció la de mediación, suprimió la orden a los trabajadores de abandonar el sitio de trabajo y radicó en “los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto” la votación de huelga o tribunal de

arbitramento¹¹⁹. Si bien tales medidas pueden ser consideradas de avanzada, no pudieron materializarse sino para un grupo de sindicatos plenamente organizados cuando la ley entró en vigencia o que bien consiguieron constituirse como sindicatos mixtos. Dicho reconocimiento de sindicatos mixtos conformados por trabajadores oficiales y públicos, al tenor de los Convenios de la OIT, fue de difícil implementación, debido a que:

[...] la clasificación hecha por las juntas directivas de las entidades tenía como objetivo destruir las organizaciones de los trabajadores. Lógicamente, los trabajadores procedían a demandar ante lo contencioso administrativo esos actos de clasificación y después de muchos años obtenían fallos favorables, cuando ya era casi imposible reconstruir su antiguo esplendor (Silva Romero, 2005, p. 212).

La preocupación gubernamental no se dirigió a la implementación de un sistema universalista o generalizado de seguridad social, pues en ningún sector existía la liquidez para asegurarla, sino a contener las medidas redistributivas, originadas en el abortado Estado de bienestar de la década del sesenta, mediante el retoque fragmentario de las medidas legales de su financiación —tradición que sigue el país hasta el día de hoy—. Por esta razón, agrega Arenas Monsalve (2006):

En este periodo se producen interesantes esfuerzos legislativos en materia de pensiones, con la expedición de la leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, con sus correspondientes reglamentaciones. En estas leyes se reestructurarán las condiciones pensionales del sector oficial, se fortalece financieramente a las entidades, se modifica el estatuto del pensionado y se ordena hacia el futuro la unificación de los tiempos pensionales en el sector público y privado, la ley 33 de 1985 procuró el fortalecimiento financiero de las cajas de previsión, mediante el aumento del impuesto con destino a ellas; además, dispuso que debía existir proporcionalidad entre la base de cotización y los factores para liquidar la pensión [...] la ley 71 de 1988, por su parte, buscó fortalecer la situación de los pensionados, para lo cual dispuso reglas más benéficas sobre reajustes y amplió el alcance de la sustitución pensional. Además creó la “pensión de jubilación por aportes” que buscaba la unificación de los tiempos pensionales en los sectores público y privado, por primera vez en el país (p. 98).

119 La polémica respecto a la noción “directamente comprometidos en el conflicto” fue zanjada con un pronunciamiento del Consejo de Estado (1991), que estableció: “[...] la expresión ‘directamente comprometidos con el conflicto’, se refiere a quienes lo hubiesen promovido, bien sean los sindicalizados o no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión; pero no son todos los directamente comprometidos”. No obstante, advirtió que, a esa fecha, la disposición había sido derogada por el Artículo 61 de la Ley 50 de 1990.

Aun así, el sistema de seguridad social y pensional se encontraban en un estado financiero tal, que eran insostenibles a largo a plazo. La alternativa, como desde aquellos días se predica, fue limitar —cuando no eliminar— todas las “facultades” redistributivas del Estado; mejor dicho, lavar las manos del Estado respecto a sus responsabilidades en la economía y en el mundo laboral, esto es, entregar al mercado, cómplice de la utopía de Walras, lo que por principio es incapaz de hacer: un Estado social.

Preliminares del ajuste económico

La década del ochenta está marcada por varias restricciones económicas de orden interno y externo. Las primeras son originadas por las limitaciones del ciclo especulativo que estalló con la crisis financiera de 1982, la cual puso de cara a los Estados —en particular latinoamericanos— con la realidad de que no podían continuar sosteniendo su déficit fiscal con endeudamiento financiero externo. Las segundas, obvias causas de las anteriores, surgieron del cierre crediticio de los flujos de capital, necesarios ahora para los países de la OCDE en un contexto de protección de la producción local y, por consiguiente, de reclamo de las obligaciones contraídas por los países acreedores (Roddick, 1990; Corredor, 2001).

En semejante contexto, es apenas lógico que las preocupaciones por los derechos laborales, sindicales y de seguridad social pasaran a un segundo plano para los Gobiernos colombianos, máxime cuando en esta época se agudizaron algunos fenómenos que ya de antaño habían empezado a fraguarse:

1. El crecimiento en la participación en el PIB y en el total de la mano de obra del sector de servicios y el informal, en los cuales en Colombia y en el mundo ha sido muy difícil la organización de sindicatos.
2. La privatización por problemas de viabilidad económica de empresas que precisamente tenían sindicatos muy fuertes (p. ej., Telecom y el ISS).
3. Una mayor volatilidad de una economía más abierta, lo cual promueve la subcontratación de procesos (outsourcing), la reducción de la duración de los contratos y la contratación de mano de obra a través de empresas de servicios temporales y cooperativas. Todas estas formas de trabajo hacen difícil la agrupación de obreros y empleados en sindicatos.

4. Las costosas prestaciones sociales extralegales acordadas en convenciones colectivas antiguas desestimulan la contratación de nuevos empleados en tales empresas, las cuales contaban con sindicatos fuertes.
5. También los empresarios entendieron que resultaba mucho más fácil y menos traumático celebrar pactos colectivos con los trabajadores no sindicalizados, lo cual ha llevado a una constante desafiliación de los trabajadores de sus sindicatos de base.
6. Al existir una brecha entre la ideología y las ideas políticas de la dirigencia sindical y sus bases, se genera un desestímulo a la sindicalización.
7. Una creciente actitud antisindicalista de parte de los empresarios, así como la falta de instrumentos efectivos contra la persecución sindical.
8. Un temor a la violencia antisindical, la cual puede haber sido fomentada por la inefectividad sancionatoria de la justicia penal.
9. Los sindicatos dejaron de presentar pliegos de peticiones, dada la jurisprudencia restrictiva de la Corte Suprema, extraviando una de las bases fundamentales de su razón de ser, esto es, la negociación colectiva, por lo que, paulatinamente, fueron perdiendo la credibilidad y el respaldo de sus trabajadores.
10. El proceso de informalización que se ha producido como consecuencia del desbordado de la contratación a través de cooperativas, muchas de las cuales son pseudocooperativas, en perjuicio de los derechos y el bienestar de sus trabajadores “pseudocooperados”. Lo paradójico de este hecho es que el mismo gobierno es promotor de este sistema de contratación, en cumplimiento del proceso de reestructuración del sector público (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 8).

Dado que el presidente Virgilio Barco (1986-1990) pretendía la recuperación de la credibilidad política de los partidos tradicionales por intermedio de lo que llamó el Plan de economía social y buscaba hacer viables las finanzas públicas, su respuesta a la problemática fue seguir pie juntillas la doctrina económica en boga: el modelo de “ajuste económico” o de “reforma estructural”, programa que, bajo su batuta, condicionó las políticas económicas nacionales a los dictados de las instituciones financieras internacionales. Señala Consuelo Ahumada (1998):

El plan de desarrollo de su gobierno, presentado en 1987, emprendió los primeros pasos en lo que respecta el cambio del modelo de desarrollo vigente en el país. En este sentido, se empezó a gestar el abandono de la intervención estatal y otorgársele papel prioritario a la inversión del sector privado, tanto nacional como extranjero. El 22 de febrero de 1990 el gobierno lanzó el Programa para la Modernización de la

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Economía Colombiana, más conocido como la política de “apertura” [...]. La aceptación por parte del gobierno Barco de las imposiciones del Banco Mundial para recibir el llamado crédito “challenger” durante el primer semestre de 1989 fue un hecho ampliamente conocido en Colombia. Vale la pena [decir] que este crédito fue dedicado en muy buena parte al servicio de la deuda externa, por lo que el país no recibió recursos frescos [...]. Para ese entonces el peso de la deuda externa sobre la economía nacional había aumentado de manera significativa. La relación del servicio de la deuda con el PIB pasó del 27 % en 1980 al 42 % en 1988 (pp. 101-102).

Estas cifras muestran que las finanzas nacionales estaban —y aún están— atadas de manos frente a los empréstitos adeudados con la banca internacional, lo cual forzaba el cumplimiento de sus directivas, una de las cuales hacía referencia al instituto pensional. Para el FMI y el BM, el sostenimiento por parte del Estado de un “sistema pensional” contributivo de prima media con prestación definida basado en la solidaridad intergeneracional era —y es— considerado una amenaza a la sanidad fiscal y al control de la inflación. Cuando la población económicamente activa se ve obligada a sostener las pensiones de quienes llegaron a la tercera edad —en cumplimiento de una normatividad establecida en la ley—, el sistema económico, por la mediación de un Estado ineficiente y clientelista, se ve forzado a actualizar los egresos fiscales al ritmo de los cambios demográficos y de consumo de los trabajadores¹²⁰.

120 En la lógica neoliberal de la escuela austriaca (Hayek, Von Mises) y de Chicago (Milton y Rose Friedman), el Estado es un factor distorsivo en la distribución de la riqueza y hace más mal que bien, pues su inclusión en aspectos de competencia estricta del mercado termina por corromper el sistema en su conjunto y lo hace más improductivo, ineficiente y, por ello, como en la utopía de Walras, incapaz de asegurar bienestar para todos. Para el Estado social esta perspectiva indica: “Que el Estado de bienestar ha crecido en tiempos recientes es un hecho conocido cuya evidencia resulta difícil de negar [...]. Esa tendencia afloró, ya, muy claramente en el decenio de los sesenta. Fueron estos años de intenso crecimiento económico, y con la alegría del gasto público, se produjo el fenómeno de trasvase de importantes recursos del sector privado al sector público. Así nació el Estado benefactor nutrido con recursos antes canalizados por el sector privado” (González, 2000, p. 124). Eran recursos que, en uno u otro momento, debían ser redimidos, pues el sector privado no se contentaría con ser el subsidiador de las políticas gubernamentales si estas no empezaban a favorecer su propio desarrollo. “En una fase de crecimiento económico, se consideraba que la expansión del sector público era deseable para la estabilidad política [...]. Todavía a principios del siglo XX, el gasto del Estado no sobrepasaba el 25 % del PNB en las economías occidentales. Fue la arquitectura de un Estado de bienestar sin mecanismos inhibidores (de control) lo que disparó el gasto público hasta cotas que tienden a exceder el 50 % del PNB” (González, 2000, pp. 137-138). Para el ciudadano corriente, este fenómeno puede ser evidencia del mayor interés del Estado por los derechos materiales de los ciudadanos; no obstante, ese mismo ciudadano no repara en que los costes marginales del déficit tendrán que pagarse de algún modo —ya sea por su generación o por la siguiente— en forma de salarios, empleos, etc. “Por eso hay quien afirma que cuando hay más electores, el tamaño del sector público crece, quizás pensando en que los electores tienden a capturar rentas de los más productivos para redistribuirlas a los menos productivos. En ese sentido el elector con rentas por debajo de la media es racional, si puede obtener a través del gasto público y del voto, beneficios ¿por

En dicha perspectiva, salta a la vista que, en materia de seguridad social:

[El] sistema heredado de la ley 90/46 no se ajustaba a los nuevos patrones de desarrollo sugeridos por los organismos de crédito internacional (BID, FMI, BM) a partir de la crisis de la deuda externa de los ochenta. De manera adicional este sistema se encontraba en crisis por cuanto presentaba baja cobertura (22 % de la población), déficit actuarial, distorsiones en la solidaridad del sistema, deficiencias en la prestación de los servicios y dispersión de organismos e instituciones de seguridad social (Rodríguez Salazar, 2001, p. 209).

Dicho de otra forma, la mesa estaba servida para que se implementaran las tan mentadas “reformas estructurales” en el tema social por medio de la reducción del papel del Estado, esto es, con el sacrificio del gasto social.

Las “excesivas” cargas económicas que debían soportar los patronos, sumadas a la situación financiera mundial y a la crisis de desempleo, a ojos de la ideología neoliberal eran responsabilidad del Estado y de los trabajadores. Por ende, las primeras medidas de rescate de la hiperinflación y del déficit fiscal debían dirigirse a la reducción del papel del Estado en la vida económica y en la intervención sobre uno de sus factores: el trabajo. La salida, entonces, era la flexibilización laboral. Desde esa perspectiva, permitiría mayor movilidad en el activo laboral, mayor empleo y, en consecuencia, mayor consumo, factor determinante para el círculo virtuoso de ampliación del mercado interno-estímulo al aparato productivo nacional-demanda de una mayor fuerza laboral (Ahumada, 1998).

La receta se oye atractiva y el gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994) la siguió con fidelidad, al presentar al Congreso, en vigencia de la Constitución de 1886, los proyectos convertidos en las Leyes 50 y 60 de 1990. Estas aseguraron respectivamente la flexibilidad laboral en el sector privado y la reducción de “la carga burocrática” en el sector público, pues con ellas se comercializó el factor trabajo en la relación capital-producción y se “redujo” la presencia del Estado como patrono en el mercado laboral. Esto no se llevó a cabo en un contexto político regular, sino cuando el país auguraba la reforma constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente que, por medio de la forzada “séptima papeleta”, el

qué esforzarse en obtener esos ingresos, digamos, trabajando o arriesgándose? [...] esos incentivos son perversos, inducen al déficit sostenido y finalmente a la crisis” (González, 2000, p. 124).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

elector primario exigía al establecimiento político en un momento en el que el país se encontraba asediado por el conflicto interno y por el narcotráfico¹²¹.

Las primeras reformas del gobierno Gaviria no obedecieron a un nuevo orden institucional, sino que anunciaron su próxima inclinación. En la Ley 50 subyacía un supuesto más general del nuevo orden mundial —el orden posguerra fría—: el valor de los salarios y de las prestaciones legales a ellos anejos eran excesivamente costosos, de modo que para ganar en productividad, se necesitaba reducirlo. Ello demandaba formalizar el *outsourcing* —la tercerización— en la mano de obra¹²², o sea, sustraer en la mayor medida posible a los trabajadores colombianos del Código Sustantivo del Trabajo, pero ¿cómo se hace esto? Con la comercialización y descolectivización del trabajo. En palabras de César Giraldo (2010):

Hoy día los trabajadores son menos colectivizados y más independientes. El contrato laboral viene siendo sustituido por un contrato comercial: prestación de servicios, proveedor, contratista, cooperativa. Un contrato comercial tiene una connotación diferente a uno laboral. Mientras un contrato laboral implica una relación asimétrica en la cual el patrón es la parte fuerte y el trabajador la débil, razón por la cual las sociedades han construido históricamente una legislación que protege al trabajo, por el contrario, una relación comercial es una relación entre iguales y, por tanto, conlleva la protección de los derechos al trabajo, de manera que los contratos comerciales son con trabajadores disfrazados de contratistas [...] como se trata de relaciones comerciales la responsabilidad acerca de la cobertura de salud, pensiones o cualquier otra prestación social corre por cuenta del contratista, esto es, del trabajador ahora convertido en lo formal (no en lo real), en contratista. La cobertura del riesgo social se individualiza y esto está acompañado con el hecho de que la cobertura es provista por agentes financieros privados. Desaparece el vínculo entre prestación social y el Estado que es lo que daba origen al derecho social. Es el individuo que debe procurarse los mecanismos de aseguramientos para enfrentar los riesgos frente a la vida. La obligación del Estado no es la de proveer tal aseguramiento, sino la de garantizar

121 En este punto hay que recordar que el Decreto 927 de 1990, por medio del cual se adicionaba a la elección presidencial la consulta sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente que reformara la Constitución de 1886, se expidió como una medida legitimadora de un acto no constitucional de suyo, pues el Artículo 218 de la Constitución vigente no permitía una reforma que no tuviera iniciativa en el Congreso. Respecto al contexto de violencia que asistía Colombia en la antesala del proceso constituyente, puede verse Roll (2001).

122 El fenómeno de tercerización se ha desarrollado en Colombia mediante tres figuras: cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratistas. “[...] por su parte, los intentos de amoldar mejor la relación laboral a la producción han estado fundamentalmente enmarcados en la contratación temporal y las permanentes reformas a los estatutos laborales con relación a la reducción de garantías laborales” (Velásquez y Cañón, 2009, p. 229).

las condiciones para que ese aseguramiento se provea a través de los mecanismos de mercado (p. 25).

La impronta neoliberal —que veía al Estado como un factor distorsivo en la libre movilidad de los factores económicos del mercado— supuso en el orden legal impulsado por César Gaviria:

[...] la necesidad de adelgazamiento de la burocracia, siendo la expresión de esta postura la ley 60 de 1990, que en su aspecto esencial facultó al Ejecutivo, de manera genérica, para determinar las condiciones de retiro del servicio de los funcionarios pertenecientes a las distintas ramas del poder público (insubsistencia como indemnización, retiro voluntario con bonificación) (Silva Romero, 2005, p. 233).

Esto tuvo como efecto un proceso de desvinculación masiva de trabajadores públicos, aupado por el Decreto 1160, eventualmente declarado inconstitucional (Corte Constitucional, 1992a).

Las mencionadas medidas no solo obedecían a las políticas de “reforma estructural”, sino al contexto en el que estas tenían sentido, es decir, al proyecto liberalizador general que el gobierno Gaviria impulsaba con lo que en su momento se llamó “la apertura”. No es otra cosa que el acta de defunción del proceso de sustitución de importaciones y del incipiente Estado de bienestar —iniciado con la inyección directa de recursos de la Alianza para el progreso— y la implantación del modelo económico neoclásico tras la debacle de la amenaza del socialismo real (Aguilar, 1991, citado en Arenas Monsalve, 2006). Por esta razón, desde la década del noventa, según Rodríguez (2001):

[...] el 97 % de las posiciones arancelarias quedó en el régimen de libre importación, la tarifa promedio de arancel disminuyó del 24 % al 22 %. Lo que en el mercado laboral significó con la ley 50/90 la supresión de la pensión sanción, la retroactividad de las cesantías y de manera global la flexibilidad laboral. En el mercado financiero se expidió la ley 45 de 1990 con el objeto de aumentar la competencia y con la ley 6/92 se reglamentó la fiscalidad indirecta con el incremento del IVA. [...] tanto para el caso colombiano como para otros países el problema de la seguridad social se percibe como una seria desarticulación de las finanzas públicas, responsable en parte del déficit fiscal, y que no se ajusta al equilibrio macroeconómico que deben tener los diferentes componentes de la política económica. Esta especie de dictadura fiscal está

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

presente en la exposición de motivos que tienen las diferentes leyes reformativas de la seguridad social en América Latina (p. 221)¹²³.

En términos de Silva Romero (2005), en materia de Derecho Laboral, semejantes medidas conllevaron a la adopción de una perspectiva totalitaria neoliberal, cuya visión de fondo permite concluir que, en lo individual, incrementa la concentración de la riqueza y aumenta la pobreza y, en lo colectivo, restringe un real desarrollo del derecho de asociación, pues lo limita a los cada vez menos trabajadores contratados a término indefinido.

En definitiva, poniendo a operar la ley 50/90 en la realidad, les impide a los trabajadores misioneros constituir sindicatos. Los trabajadores trashumantes, tampoco pueden conformar sindicatos, [...] en general un trabajador contratado a término fijo no puede integrarse a ninguna clase de sindicatos, porque su contrato no será revocado [...] esta ley 50 elimina el proteccionismo en la parte individual del derecho individual, introduce al máximo la flexibilización y la precariedad, pero en la parte colectiva deja vivas las consecuencias del proteccionismo y lo perfecciona, lo que va a dar por resultado la imposibilidad real de desarrollar sindicatos [pues] las normas regulatorias son inoperantes para la mayoría de trabajadores reduciendo la posibilidad de sindicalización exclusivamente a los trabajadores con contrato de trabajo a término indefinido que paulatinamente van desapareciendo [...] si se pudiera negociar un pliego de peticiones en el lapso que los temporeros —trabajadores con contrato a término definido— estén trabajando, con tantos requisitos legales para el trámite del conflicto, cuando se definiera ya no habría trabajadores por terminación de la actividad para que la fueron contratados (pp. 235-237)¹²⁴.

123 Agrega Consuelo Ahumada (1998) que "entre marzo de 1990 y junio del 91 se efectuaron cuatro reformas arancelarias que redujeron las tasas promedio de impuestos sobre las importaciones de un 43,7 a un 11,4 por ciento, al tiempo que eliminaron las listas de prohibida importación y de licencia previa" (p. 103).

124 Entre las formas de tercerización han sido frecuentes las cooperativas de trabajo asociado, que son aquellas que "vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria" (Congreso de la República, 1988, art. 70). Estas formas asociativas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar bajo sus propias reglas, contenidas en los estatutos o reglamentos internos y no están sometidas a la legislación laboral ordinaria. Sus socios son los mismos trabajadores, que pueden pactar las reglas que gobiernan sus relaciones laborales de previsión, de seguridad social y de compensación. Todos los asociados tienen derecho a recibir compensación por el trabajo aportado y participar en la distribución equitativa de los excedentes (ganancias) que obtenga la cooperativa. La Sentencia C-211 de 2000 declara exequible el Artículo 59 de la Ley 79 de 1988 y establece: "En las Cooperativas de Trabajo Asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna" (Corte Constitucional, 2000e). No

En suma, el proyecto de ajuste neoliberal impulsado por las reformas de Gaviria consiguió romper el vínculo entre trabajo y derecho a la seguridad social, porque agrega nuevas formas de subcontratación o tercerización que facilitan al empleador escapar a las restricciones de las leyes laborales¹²⁵.

[...] como consecuencia de esta desalarización, la protección social también se dirige a una crisis financiera en la medida en que la relación salarial formal se flexibiliza e incluso disminuye (precarización, informalidad, subempleo, etc.), pues se presenta una disminución en la base de la cotización. La contrapartida es que el Estado entra a cubrir a través de formas asistenciales el vacío que se presenta en la seguridad social, las cuales deben financiar con fuentes distintas a las cotizaciones, lo que crea una fuerte tensión fiscal (Martínez, 2010, pp. 96-97).

En otras palabras, tras el proyecto neoliberal que se impulsó en Colombia bajo la bandera de la ortodoxia neoclásica de reducción del papel del Estado, ya se encontraban sus elementos problemáticos: el incremento de las medidas asistenciales (Sisbén, Familias en Acción, etc.) y, por consiguiente, del rol estatal: la burocratización, cuando no politización, del acceso a los derechos asistenciales a la seguridad social; la presión fiscal sobre las capas menos favorecidas y la segmentación y estratificación del acceso a la protección social, entre otros. En esta lógica:

[...] lo social se define sobre el individuo. Los pobres son individuos o familias pobres y las políticas se focalizan en los pobres. Esta visión individualista de lo social lleva a calificar los derechos sociales conquistados por las luchas de los trabajadores como privilegios [...] la gratuidad del bien social se obtiene sobre la base del fracaso

obstante, las condiciones reales en las cuales se están vinculando los trabajadores a este tipo de empresas violan los principios en los que se fundamentan estas organizaciones, en primer lugar, porque no se debe a decisión voluntaria y libre, sino a la presión del Gobierno y de los empleadores que les niegan a los no asociados la posibilidad de trabajar. Tampoco son los asociados quienes deciden el valor de su trabajo; por el contrario, las entidades que contratan fijan las condiciones y obligan a las empresas a competir por precios de sus servicios, de manera que para lograr un contrato se bajarán cada vez más las compensaciones (ingresos) de los trabajadores.

125 La Ley 50 propuso: "1. Total desregulación laboral al proyectar que quien 'habitualmente preste sus servicios personales remunerados [...] deberá probar que la intención de las partes fue celebrar un contrato de naturaleza laboral y que la subordinación jurídica fue la prevista en el artículo 2 literal b) de esta ley y no la necesaria para el cumplimiento de la labor o actividad encomendada'. 2. Preferencia del contrato de trabajo a término fijo y eliminación paulatina del indefinido. 3. Flexibilización de la jornada máxima de trabajo. 4. Variación del concepto jurídico de salario y restricción de los elementos integrantes del salario. 5. Eliminación de la acción de reintegro después de 10 años de servicio e incremento en la tabla indemnizatoria para quienes cumplan ese lapso. 6. Beneficio de no declaratoria de unidad de empresa durante 10 años después de haber instalado una nueva factoría que cree empleo. 7. Salario integral para los altos empleos. 8. Regulación de las agencias temporales de empleo" (Silva Romero, 2005, pp. 230-231).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

social y la obligación del Estado como garante de bienes sociales se reduce a los mínimos: lo mínimo para personas mínimas (pobres) (Giraldo, 2010, p. 31).

Aun a sabiendas de lo que acarrearía a largo plazo, la administración Gaviria se empeñó en la defensa de la apertura como la única forma de modernizar la industria colombiana y aumentar su competitividad en un mercado globalizado. Para cualquiera es obvio que las diferencias estructurales entre las economías de los países de la OCDE con Colombia eran tan abismales que, a lo sumo, lo que se podía esperar era que el país ocupara su sitio correspondiente en la división internacional del trabajo: el sitio adecuado para los mercados de fácil captura de proveedores, a su vez, de materia primas y mano de obra baratas para la inversión extranjera directa en industria de extracción o de maquila.

Desde esta perspectiva se afirma que la responsabilidad sobre la vida y los problemas del trabajador compete únicamente al propio trabajador, quien debe asegurarse contra los riesgos que supone su existencia y la de su familia, incluso, los derivados de la producción (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales). De esta forma, el tema de la eficiencia es un problema de la empresa y el de la solidaridad del Estado, la transferencia de subsidios que en el pasado se hacía en el interior de la empresa, ahora se hace exterior a ella, o más exactamente a través del Estado. Esta es la separación entre lo social y lo económico. Mientras aumentan las presiones financieras sobre el Estado, la base salarial sobre la cual se cobra la cotización para el soporte de la protección social es cada vez menos (Martínez, 2010, p. 99).

Una perspectiva de este tipo no se podía presentar como lo que en realidad era, más aún en el pleno del proceso de reforma política que esperaba la sociedad colombiana tras el triunfo de la “séptima papeleta”. La llamada “apertura económica”, a la sombra de la justificación pacificadora del país, se anunció más bien como una alternativa salvadora a la baja competitividad y productividad de la industria nacional —generada, entre otras razones, por el excesivo proteccionismo de Estado—¹²⁶ que, alentada por los efectos benefactores del mercado, sería eficiente y aseguraría la tantas veces soñada redistribución de la riqueza.

.....
126 El eslogan “Bienvenidos al futuro”, del inicio del gobierno Gaviria, ya ponía de presente la ideología —vigente al día de hoy— que sostiene que el crecimiento económico de un país depende de los mercados y la financiación externa, es decir, de la inserción de la economía nacional en el mercado global. Tal inserción, paradójicamente, exige la retirada del Estado de la vida económica, pero al mismo tiempo lo postula como el principal agente de los “cambios estructurales” y de las condiciones de interés para el mercado (seguridad jurídica, reducción o eliminación de barreras arancelarias, etc.) (Evans, 1998).

La sanción política del ajuste económico

Colombia no llegó de manera fortuita a plantearse la necesidad de una reforma constitucional, pues esto era ya una necesidad sentida desde los fracasados intentos de reforma de López Michelsen y Turbay Ayala en 1977 y 1979, respectivamente. Dicha necesidad no fue antes tan imperiosa como lo fue al final de la década del ochenta, cuando los ataques de los carteles de narcotraficantes y la escalada militar guerrillera pusieron en jaque toda la frágil institucionalidad posfrentenacionalista que aún pervivía.

Recuerda Consuelo Ahumada (1998):

Entre 1984 y 1991 miles de dirigentes políticos, jueces, un Procurador General de la Nación, numerosos dirigentes sindicales y campesinos, periodistas y civiles inocentes fueron asesinados. El sentimiento unánime de que las fuerzas del Estado no podían o no querían hacerle frente a esta situación motivó la creación de un gran número de grupos privados de autodefensa [...]. La crisis tocó fondo entre 1989 y 1990, cuando tres candidatos presidenciales fueron asesinados, cuando la intensificación de la violencia del narcotráfico llevó a numerosos estallidos de bombas, resultado de la guerra declarada contra los narcotraficantes por el mandatario de entonces, Virgilio Barco, bajo presión del gobierno de Washington (p. 176).

Con este contexto, es apenas obvio que la principal justificación para un cambio institucional de largas miras fuera la pacificación del país o, por lo menos, el aseguramiento de un marco constitucional inclusivo que permitiera empezar a dar pasos en ese camino. Sin embargo, dadas las circunstancias geopolíticas y económicas mundiales y regionales, la “nueva” Carta Política colombiana de 1991 no fue sino otra más de las varias respuestas institucionales que los países latinoamericanos dieron a la crisis económica de la década del ochenta:

Estados endeudados, incapaces de mantener los anteriores niveles de gasto público o financiar las pérdidas de las empresas públicas, buscan legitimizar su bancarrota afirmando que el camino a la eficiencia y el crecimiento pasa por las privatizaciones y la reducción del gasto [...] las élites de América Latina importan masivamente la ideología neoliberal, la razón es muy obvia: se trata de revestir la necesidad de virtud. Carente de margen de maniobra en tiempo y recursos para reconvertir el sector público de la economía, y racionalizar tanto las prestaciones y servicios sociales como

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

la administración del Estado, el Estado deja caer la sociedad civil que él mismo ha creado (Díaz, 1996, p. 152)¹²⁷.

Así las cosas, los sueños emancipatorios de la organización estudiantil por la “séptima papeleta” no tardaron en ser absorbidos por los planes más realistas de la élite neoliberal criolla¹²⁸. Para algunos, “la adopción del neoliberalismo a ultranza, tanto en lo económico como en lo político, ha sido las más perniciosas de las contribuciones de la nueva Constitución al desbarajuste institucional del país y de violencia” (Roll, 2001, p. 256). Lejos de haber alcanzado la prometida pacificación o estabilización del país, con la eliminación del aún no nacido Estado de bienestar, agrandó las brechas de inequidad entre clases, lo cual es el caldo de cultivo para la agudización de los conflictos sociales¹²⁹.

Pese a los incuestionables avances en materia de derechos fundamentales, participación política y reconocimiento del carácter pluricultural, laico y descentralizado del Estado, así como en la reforma de la administración de justicia, la tutela y el control de constitucionalidad¹³⁰, el texto constitucional de 1991 acentuó las paradójicas contradicciones que vive Colombia. Junto con la declaración del país como un Estado social de Derecho (art. 1) cohabitan las políticas de apertura económica, privatización e integración regional características del modelo neoliberal. Así lo resume Consuelo Ahumada (1998):

.....
127 Respecto a los paralelos entre Constituciones de antecedente y cuño neoliberal de Brasil, Chile, Perú y Colombia, puede verse Vargas (1996).

128 Cabe recordar el vaticinador concepto negativo del entonces procurador general de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, al Decreto 927 de 1990, que sometía a elecciones la propuesta de convocatoria de una Asamblea Constituyente: “[...] resulta ser que lo que se presenta como la suprema manifestación de la democracia participativa puede quedar reducido a un cheque en blanco para que el próximo presidente, y sus asesores, sean quienes decidan cuál es el camino a seguir para convocar la Constituyente” (Gómez, 1990, citado en SÁCHICA y VIDAL, 1991, p. 151). Agrega Consuelo Ahumada (1998) que: “El desarrollo ulterior de los acontecimientos confirmaría con creces los temores del procurador. El 2 y 3 de agosto de 1990 César Gaviria, como presidente electo y jefe del Partido Liberal, llegó a un acuerdo sobre la convocatoria de dicha Asamblea con los líderes de los dos sectores del Partido Conservador (Partido Social Conservador y Movimiento de Salvación Nacional) y con el M-19. Todos los demás partidos, organizaciones y movimientos políticos fueron marginados de las reuniones que llevaron a suscribir el acuerdo” (p. 180).

129 Luego de más de veinte años de vigencia de la Constitución Política, cifras de la ANIF muestran que la pobreza absoluta (hoy alrededor de un 45 %) y de distribución del ingreso (en un inequitativo coeficiente de Gini de 0,58) están muy lejos de la eficiencia y equidad prometidas en la década del noventa (“Desigualdad extrema”, 2011)

130 Un balance de los aspectos positivos y negativos del proceso constitucional en la década del noventa, puede verse en Sarmiento (1995).

Los artículos 226 y 227 de la Carta establecen que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas y la integración económica, social y política con las demás naciones. La iniciativa privada y la competencia económica también son consagradas en la nueva Ley suprema [...] aunque dicho artículo parece contradecirse con el que sigue, el cual establece que el Estado es responsable del manejo general de la economía. La privatización de las empresas públicas aparece también contemplada de manera expresa en la nueva Carta. El artículo 366 señala que el Gobierno podrá enajenar o liquidar las empresas del Estado y “otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley”. El fundamento legal para la venta de estas empresas también aparece sustentado en otros artículos (por ejemplo, el art. 60 que estipula la venta de los intereses del Estado a una empresa; el art. 300, nums. 7-9, se refiere a las privatizaciones a nivel departamental y a las atribuciones de los gobernadores en esa materia; el art. 313, num. 6 y el art. 315, num. 4, señalan las potestades de los concejos y alcaldes con respecto a la privatización a nivel municipal; el art. 355, sobre la firma de contratos por parte de las autoridades nacionales, departamentales y municipales con entidades privadas para el suministro de servicios; y el artículo 48, sobre la participación de compañías privadas en la prestación de la seguridad social). Se introduce asimismo un iluso e inocuo control antimonopólico (art. 333). La estructura de las llamadas zonas de libre comercio o zonas francas también se contempla en la Constitución (art. 337), así como la consagración constitucional del reordenamiento territorial que busca, dentro del proceso de descentralización neoliberal, debilitar las funciones del Estado central y atomizar el territorio nacional (arts. 289 y 295), lo cual suministra una base constitucional para la violación de la soberanía nacional. En el artículo 150 núm. 16, por ejemplo, el Estado reconoce explícitamente el poder de las organizaciones e instituciones financieras internacionales sobre la economía del país [...]. Por último, la nueva Constitución establece que los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso para que sean válidos. Sin embargo, el presidente de la República está facultado para “darle aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan (art. 224 y art. 58 transitorio) (pp. 196-198).

En esta perspectiva, el texto constitucional de 1991 atendió —y atiende, pese a la casi treintena de reformas que lleva a cuestras¹³¹— la difícil tarea de conciliar las expectativas de un Estado social de Derecho real —a la manera del *welfarestate*

.....
131 La tantas veces alabada estabilidad histórica del ordenamiento jurídico-político colombiano contrasta con la precaria perdurabilidad de sus proyectos constitucionales originales, pues lo que es un hecho que los cambios institucionales y constitucionales del país no son resultado de cambios estructurales radicales, sino más bien de

europeo— de la población y, al mismo tiempo, las exigencias “modernizadoras” de liberalización de las élites neoliberales y de los organismos multinacionales. No por casualidad el mismo presidente César Gaviria (1991) afirmaba en su discurso de instalación de la Asamblea Constituyente:

[...] al reformar la Constitución es preciso tener presente el horizonte del siglo XXI. Colombia necesita una Constitución para asumir un papel preponderante en el nuevo orden internacional que se está gestando; para la nueva era de las revoluciones tecnológicas que se suceden con espasmosa rapidez; para una economía que se está abriendo a un escenario mundial cada vez más interdependiente. También debe preparar sus instituciones para una sociedad pluralista cada vez más compleja; para un ciudadano que quiere tener mayor participación en las decisiones para comprometerse con los cambios y no depender del paternalismo; para un Estado servidor que debe responder con dinamismo a las numerosas peticiones y grandes expectativas de la comunidad.

Dado el énfasis antipaternalista y globalizado que desde sus inicios disponía el itinerario constitucional, no es de extrañar que en el texto último de la Carta solo fueran justiciables e imperativos los derechos liberales clásicos y los de corte neoliberal, mientras los derechos de tinte social resultaron siendo mandatos programáticos o de optimización¹³² que demandan, por lo mismo, las conciliaciones políticas y económicas del Legislador para ser llevados a efecto. Una estrategia que, según Óscar Ermida (1990), ha permitido que en los textos constitucionales iberoamericanos aparezcan derechos sociales de gran calado programático y de garantismo ambicioso que, al descender al Legislador, pierden toda su fuerza en las limitaciones y reglamentaciones jurídicas ordinarias. Esto ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga: “[...] generalmente las constituciones hacen el trabajo ‘lindo’ de consagrar el Derecho con bastante amplitud y luego el Legislador hace el trabajo ‘sucio’ o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según el caso” (Ermida Uriarte, 1990, p. 255).

cuidadosos retoques de filigrana legal que, en últimas, terminan por enterrar hasta el proyecto más ambicioso (Ramírez, 2004).

132 Sugiere Silva Romero (2005) que los derechos sociales relacionados con el área laboral solo fueron enunciados en la Constitución, pero con remisión al Legislador (derecho a la honra, art. 21; la segunda instancia, art. 31; el asilo, art. 36; la seguridad social, art. 48; derecho de asociación sindical, art. 39; los principios mínimos fundamentales, art. 53; el derecho de negociación, art. 55; la huelga, art. 56, participación en la gestión de las empresas, art. 57; el acceso a la propiedad de las empresas, art. 60; etc.), mientras los principios neoliberales (derecho de propiedad, art. 58; libre competencia y libertad de empresa, art. 333) fueron establecidos con toda su intensidad.

En este orden de ideas, la constitucionalización del Derecho Laboral y de la Seguridad Social en Colombia ha de ser tomada con beneficio de inventario, pues aun tras ser promulgados con solemnidad los principios iusfundamentales al trabajo y a la seguridad social, bajo la tutela de la dignidad humana, la sola formalización no ha conseguido mayores resultados que los existentes antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, como se indicará.

Derecho Laboral y seguridad social en el marco del ajuste constitucionalizado

Es incuestionable que las violaciones a los derechos laborales han sido una constante en la historia colombiana reciente, por lo que no puede acusarse al texto constitucional de 1991 de los efectos catastróficos de la tercerización laboral y del comportamiento contracíclico del sector informal¹³³. De lo que no cabe duda es de que la mayoría de edad constitucional que alcanzó el Derecho Laboral —por ejemplo, con el fuero sindical para los empleados públicos y la prohibición al Ejecutivo de tomar sanciones contra las personerías de los sindicatos, entre otros— no ha podido ejercerse¹³⁴, dado que cuando el Artículo 85 de la Carta enumera los derechos de aplicación inmediata consagrados en los Artículos 11-21, 26-31, 33, 34, 37 y 46 no reconoce tal dignidad a ninguno de los derechos sociales (Silva Romero, 2005). Con razón afirma Santiago Montenegro (2009), exdirector de Planeación Nacional y uno de tantos profetas del neoliberalismo:

.....
 133 Como indica Ricardo Bonilla (2001), “el sector informal es contra-cíclico, crece en los periodos de crisis y se contrae en el auge, cuando el sector formal le sustrae personas o las empresas crecen de tamaño. La economía colombiana registra ese comportamiento (según tasas de informalidad urbana 2001-2006. Fuentes: DANE; ECH segundo trimestre. Cálculos del OCSE, CID y UN). El comportamiento de la informalidad en los últimos años (entre el 58,5 % para las principales ciudades y el 62,8 % en todas las cabeceras) evidencia tres fenómenos recurrentes de la estructura económica nacional: Que los grandes centros urbanos tienen creadas las condiciones para reflejar los menores niveles de informalidad [pues] el sector se localiza en ellos y en otros centros urbanos de mayor tamaño. Que ciudades intermedias, como Cúcuta o Montería, que presentan los mayores niveles de informalidad son fiel reflejo de su estructura económica compuesta de una intrínseca red de microempresas de todos los sectores de la actividad económica [...]. La informalidad no ha disminuido, ni va a tener reducciones sustanciales en los próximos años, dadas las tendencias a crear múltiples empresas de tamaño micro y a extender el uso de modalidades alternativas de contratación comercial de trabajadores, lo que los convierte automáticamente en independientes” (pp. 39-41).

134 La Constitución incorporó las normas internacionales de trabajo correspondientes a los Convenios 87, 98, 100, 138 y 182 de la OIT. Además, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han proferido numerosas sentencias por vía de tutela, al resolver acciones de inexequibilidad o recursos de casación u homologación, con lo que se reconoce la fuerza normativa vinculante de los Convenios 87 y 98 de la OIT. Algunos ejemplos son las sentencias: T-441 de 1992, C-096 de 1993, C-593 de 1993, C-265 de 1994, SU-342 de 1994, T-568 de 1999, C-381 de 2000, C-385 de 2000, T-436 de 2000, C-567 de 2000 y las sentencias de homologación de octubre 26 de 1993 (Rad. 6407) y de enero 28 de 1999 (Rad. 11859).

Pareciese que en Colombia tenemos dos realidades. Una realidad formal, de derechos a la seguridad social que son además tutelables, para un universo que puede abarcar al 40 % de los trabajadores. Entre tanto, hay otra realidad para el 60 % de los trabajadores que está excluido de cobertura contra riesgos profesionales, régimen contributivo de salud y seguridad social en pensiones, ya sea del régimen de ahorro individual o del régimen de prima media. ¿Por qué tenemos una informalidad tan grande? Según cifras de Fedesarrollo, el 48 % de todos los trabajadores ganan menos de un salario mínimo y, de éstos, un 29 % devenga menos de medio salario mínimo. Asimismo, las normas dicen que nadie puede ganar menos que un salario mínimo, cuyo nivel, definido por su proximidad al salario medio de todo el mercado laboral, es considerado uno de los más altos del mundo. En segundo lugar, los académicos también señalan que los costos no salariales de Colombia están entre los más altos de América Latina. Por ejemplo, para un trabajador que gana un salario mínimo el costo salarial para su empleador se incrementa en un 67 %, incluyendo el subsidio de transporte. En tercer lugar, los expertos han señalado que, desde que comenzó la llamada apertura económica en los años noventa, el costo del capital ha bajado con relación al costo del trabajo, porque se abrió la cuenta de capitales, se autorizó la inversión extranjera directa y se eliminaron o se bajaron todos los aranceles a la importación de maquinaria y equipo [...]. Los académicos también han señalado que la oferta de trabajo formal por parte de los trabajadores ha caído por los subsidios que, en una forma u otra, reciben los trabajadores de los niveles más bajos del Sisbén, que son los más pobres. Por el temor a perder esos subsidios, como el del régimen subsidiado de salud, muchas veces los trabajadores prefieren permanecer en la informalidad a aceptar un empleo formal. Si recordamos que la economía formal es la que paga impuestos y la informal la que recibe subsidios, tarde o temprano —y quizá más temprano que tarde— tendremos que cortar una dinámica de un sector formal que se estrecha y que tiene que pagar cada vez más impuestos para subsidiar a un sector informal que crece y, al crecer, estrecha aún más al sector formal. O lo que puede ser aún más grave: un creciente sector informal que, a falta de impuestos, exige subsidios financiados con endeudamiento externo o interno. Cuando se discutió y se aprobó la Ley 100 se supuso que la economía crecería a tasas altas y sostenidas, y que la formalidad sería cada vez más creciente y la informalidad tendería a caer. Infortunadamente eso no ha sucedido y parece ser que está ocurriendo lo contrario. Necesitamos un gran acuerdo nacional para formalizar la economía y para que todos los colombianos alcancen pleno acceso a la seguridad social.

El llamado a un acuerdo al que apunta la anterior justificación neoliberal no es otra cosa que un pacto sobre la radicalización de los principios neoliberales, en particular sobre aspectos como el TLC con los Estados Unidos. Pone de presente

que, aun desde la ortodoxia económica, es imposible encubrir el fracaso del proyecto “aperturista y globalizador” diseñado desde la Constitución de 1991 en lo que tiene que ver con el sindicalismo y con la condición *sine qua non* del mismo: la formalización laboral, condicionante lógico de la negociación colectiva¹³⁵. En lugar de ser el marco institucional para que la “mano invisible” del mercado resolviera los problemas de pobreza e inequidad de los colombianos, el contenido de la Carta se tornó más bien en un punto de partida de su agudización. Anota Silva Romero (2005):

En efecto, a partir de la expedición de la Carta se dio cierta amplitud a los sectores populares, entre ellos el sindicalismo y se sintió cierto sentido de posibilidades democráticas, pero a medida que los sectores políticos distintos de los tradicionales del país se debilitaron o no adquirieron la suficiente fuerza en el contexto nacional, muchos derechos y principios democráticos fueron desconocidos y se cerró el anillo neoliberal. Por ello la égida de los sectores neoliberales, coordinados e impulsados desde palacio presidencial es la impronta. La catarata de leyes centrales, reconocidamente neoliberales, no se hizo esperar, como son la ley 80 de 1993 sobre contratación administrativa, ley 100 de 1993 sobre seguridad social, ley 134 de 1994 Estatuto de participación ciudadana, ley 136 de 1994 sobre modernización de los municipios, ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, ley 143 de 1994 sobre sector eléctrico, ley 190 de 1995 Estatuto anticorrupción, ley 200 de 1995 sobre régimen único disciplinario, ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia, etc. Mientras tanto los trabajadores presentaron un proyecto de estatuto de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Carta, con el respaldo de un millón de firmas y no obtuvieron ni su discusión en la comisión VII de la Cámara. Se confirma que entre

.....
135 No está de más recordar que, con la flexibilización laboral, las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y las demás formas de tercerización fueron desdibujadas de su propio contexto y de sus propios principios, para dar paso a una mancillamiento del orden laboral en beneficio de los patronos. A modo de ejemplo, como formas de contratación por el sistema de intermediación, las CTA aseguraron sus finanzas mediante el porcentaje que les “correspondía” por administración de la unidad de pago de capitación (UPC); luego, cada vez era menor lo que quedaba disponible para las compensaciones o ingresos de los trabajadores. Por eso, es un contrasentido denominar a estas “instituciones” como cooperativas “que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria” (Congreso de la República, 1988, art. 70). Esta última facultad fue considerada indispensable por la Sentencia C-211 de 2000 en el momento de reconocer una genuina “cooperativa” y, por lo mismo, de declarar la exequibilidad del Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, ya que: “En las Cooperativas de Trabajo Asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna” (Corte Constitucional, 2000e).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

las distintas interpretaciones de la Constitución primará la más favorable a aquellos sectores que más presión pueda ejercer, es decir a los neoliberales (p. 277).

Pese a la constitucionalización de los principios fundamentales del Derecho Laboral internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, de los que forman parte de los Convenios 87 y 98 de la OIT (libertad de asociación y derecho de asociación sindical, derecho de negociación colectiva y huelga, eliminación de trabajo forzado, protecciones laborales para niños y jóvenes y eliminación de discriminación laboral)¹³⁶, la situación de la organización sindical y de los trabajadores colombianos ha sido más gravosa desde la expedición de la Carta Política. Por un lado, porque las formas de intermediación desarrolladas en el marco de la flexibilización laboral de la década del noventa han impedido que se constituyan sindicatos de empresa y sindicatos de industria, lo que afecta la consolidación de estructuras sindicales por actividad económica e impide fortalecer el proceso de negociación colectiva (Urrutia *et ál.*, 2010). Por otro lado, porque basta echar un vistazo a las cifras sobre persecución de sindicalismo en Colombia durante la última década para percatarse que los “ríos de leche y miel”,

.....
136 Como recuerda Jimena Puyo Posada (2007), asistente de investigaciones ICP, en un concepto preparado con ocasión de examinar las condiciones laborales en Colombia frente a un futuro TLC con Estados Unidos, “el punto de partida de la incorporación del Derecho Laboral internacional en Colombia es la Constitución de 1991 en la cual se reconoció expresamente la internacionalización del derecho del trabajo, mediante los artículos 53, 93 y 94, que confieren a los tratados internacionales o principios universales de derecho impositivo o *ius cogens* en esta materia un status equivalente a normas de rango legal o constitucional. En materia laboral el bloque de constitucionalidad está compuesto por: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de la Constitución (formal) de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y por último, y en virtud del art. 94 superior, por cualquier otra norma internacional de *ius cogens* no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales. Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT. También los Convenios de la OIT 100, 105, 111, 138 y 182 y de ratificarse el TLC con Estados Unidos, las disposiciones laborales incorporadas al Tratado que se refieran a los derechos considerados fundamentales internacionalmente [...]. Las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) que integran el bloque de constitucionalidad serán, 1) preponderantes frente a las normas infraconstitucionales que le sean contrarias, por lo cual podrían ser impugnadas mediante acción pública de inconstitucionalidad y ser declaradas inexecutable; sustentar acciones de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, contra actos administrativos cuyo conocimiento no compete a la jurisdicción constitucional o no aplicarse por ser inconstitucionales; 2) parámetros obligatorios del control de constitucionalidad que realice la Corte Constitucional; y 3) pueden ser protegidas mediante acción de tutela. Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo” (p. 2).

que prometía el neoliberalismo de 1991 y la Ley 50 de 1990¹³⁷, no han sido otra cosa que estratagemas para justificar el carácter regresivo de las reformas en materia laboral.

De los noventa representantes sindicales que fueron asesinados durante 2010 en todo el mundo, 49 de ellos lo fueron en Colombia, según el informe anual de la Confederación Sindical Internacional (CSI), publicado hoy. El informe de la CSI, que recoge datos de 143 países correspondientes al año pasado, señala que Sudamérica “continúa siendo el lugar más peligroso para el ejercicio de los derechos sindicales”. De los 90 sindicalistas asesinados en todo el mundo, 75 murieron en América del Sur, 49 de ellos en Colombia, según la CSI, que también señala que el dato referido a dicho país es similar al de años anteriores (en 2009 fueron 48). En el caso de Colombia, la persecución de la actividad sindical “continúa siendo sistemática”, una situación que “no ha mejorado” pese a la creación de nuevas leyes y normativas destinadas a aumentar la protección de los sindicatos y a evitar interferencias en la actividad de los mismos. En 2010 los sindicalistas colombianos volvieron a ser víctimas de “asesinatos, amenazas de muerte, ataques y actos discriminatorios”, cuyos responsables “no fueron castigados”, según la CIS (“Asesinados 90 representantes sindicales”, 2011)¹³⁸.

Por paradójico que sea, tras dos décadas de abandono de la agenda interna sobre derechos laborales, el estamento gubernamental ha vuelto su mirada a las condiciones laborales y sindicales de los colombianos. Esto no ha sido efecto de las estadísticas sobre empleo o pobreza ni por la movilización social o la protesta, sino por la presión de las condiciones impuestas por el Gobierno estadounidense para la firma del TLC¹³⁹ que, a ojos de la élite neoliberal, es la tabla de salvación

.....
137 Esta última facultó a los empleadores y trabajadores para constituir organizaciones sindicales dotadas de personería jurídica; acogió los Artículos 1, 2 y 3 del Convenio 98 sobre la protección del derecho de asociación e incorporó el Artículo 3 del Convenio 87 sobre estatutos y el 4 sobre la disolución del sindicato por vía judicial. Pueden verse los Artículos 39, 42 y 52 CST.

138 Cabe agregar que la violencia contra los sindicalistas desde 1986 deja por lo menos 2.778 asesinados y más de 196 desaparecidos. En cifras de 2010: 39 sindicalistas han sido asesinados, de los cuales, diecisiete eran educadores afiliados a Fecode. Entre el 1 de enero y el 30 agosto de 2010, ha habido 275 violaciones, entre ellas, 201 amenazas, dieciséis atentados, diez hostigamientos, cinco secuestros, cinco desapariciones, dos allanamientos ilegales, una detención arbitraria y los homicidios mencionados (Escuela Nacional Sindical y Comisión Colombiana de Juristas, 2010).

139 Como recuerda el diario *El País*, el actual Gobierno colombiano se comprometió a destrabar los cinco años que la agenda nacional lleva esperando la discusión del TLC en el Congreso de Estados Unidos y ceder a las exigencias que el Partido Demócrata —impulsado por el movimiento sindical de ese país— impone para su consideración. “Estos son los puntos del Plan de Acción que se compromete Colombia a cumplir para facilitar la aprobación del TLC con Estados Unidos: 1. Expandir antes del 22 de abril el programa de protección para dirigentes sindicales, con

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

de un proyecto que hace tiempo intenta encontrar la cuadratura del círculo: la justicia social a partir de un modelo basado en el libre mercado.

En solo un par de meses del año 2011 se presentó una avalancha de “reformas” laborales tan amplia y extendida como no la había desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo. Por ejemplo, se ha puesto atención al problema de la regulación de la tercerización, la informalidad, las cooperativas de trabajo asociado, las convenciones colectivas, la seguridad sindical, la actualización del acuerdo tripartita de junio de 2006, etc.¹⁴⁰. Aunque muchas de esas medidas ya

la meta de brindar protección a activistas laborales, trabajadores que intentan formar o ingresar a un sindicato y ex sindicalistas que puedan recibir amenazas. 2. Eliminar antes del 30 de julio las evaluaciones de riesgo pendientes para sindicalistas que han solicitado protección y garantizar que la Policía Nacional procese todas las solicitudes en 30 días. 3. Revisar antes del 22 de abril el programa de protección y reubicación de maestros. 4. Aprobar antes del 15 de junio una reforma del Código Penal para castigar acciones o amenazas que perjudiquen derechos laborales fundamentales. 5. Ordenar a la Policía Nacional antes de diciembre de 2011 la asignación de 95 investigadores judiciales a tiempo completo para apoyar a fiscales que conocen de crímenes contra líderes sindicales. 6. Por su parte, la Procuraduría General deberá analizar homicidios anteriores para identificar medidas que ayuden a identificar móviles y autores intelectuales en el futuro. 7. El Ministerio Público hará entrenamiento para policías y fiscales con la asistencia de los departamentos estadounidenses de Justicia y de Trabajo. 8. Será necesario elaborar antes del 20 de mayo un plan para fortalecer la capacidad y la cantidad de fiscales e investigadores judiciales en oficinas regionales. 9. Urge una acción legislativa antes del 31 de mayo que adelante desde junio de 2011 a julio de 2011, la entrada en vigencia de reglamentos que incluyen multas para prohibir el abuso de cooperativas de intermediación laboral. 10. Deberán expedirse antes del 15 de junio regulaciones que implementen la ley de cooperativas de 2010. 11. Se pide duplicar los inspectores laborales con la contratación de 480 nuevos en cuatro años, incluyendo 100 en el 2011. 12. Antes de finalizar el año 2012, deberán asignarse 100 inspectores laborales para investigar los abusos de cooperativas de trabajo asociado. 13. Antes de junio de 2011 tendrá que adelantarse una campaña para informar a los trabajadores sobre sus derechos y compensaciones laborales. 14. El Gobierno se debe comprometer a mejorar antes del 15 de junio las inspecciones para prevenir el uso de agencias de empleo temporal que debiliten los derechos laborales. 15. Es fundamental lanzar antes del 15 de junio un programa de vigilancia para detectar y enjuiciar el uso de contratos colectivos que debilitan el derecho a organizarse y negociar de manera colectiva” (“Plan de 15 puntos”, 2011).

140 Como se ha declarado, “Colombia sí hizo la tarea para el TLC con E.U.: El Gobierno de Estados Unidos reconoció que Colombia cumplió los compromisos para que se apruebe el Tratado de Libre Comercio (TLC) en el Congreso norteamericano, mientras el presidente Juan Manuel Santos dijo en su twitter que ‘Colombia cumplió y hasta por anticipado’. El representante comercial estadounidense, Ron Kirk, destacó que Colombia adoptará un segundo paquete de medidas para aumentar la protección a los derechos laborales antes del 15 de junio, tal como acordó el presidente Juan Manuel Santos con su homólogo Barack Obama, en abril pasado.

Kirk dijo en un comunicado de prensa estar ‘complacido de que Colombia cumpla sus compromisos’ y agregó estar deseoso de ver al Congreso estadounidense avanzando lo antes posible respecto al TLC con Colombia, junto al de Panamá y Corea del Sur.

Además, el ministro de la Protección Social, Mauricio Santamaría Salamanca, expidió el pasado 8 de junio el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se expidieron parte de las normas que deberán observar las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y las condiciones para la contratación de éstas con terceros. El texto definió como intermediación laboral ‘el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones’, señaló que esa actividad es propia de las empresas de servicios temporales, por lo que no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado. También se estableció que las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con cooperativas o

existían en el papel, sufrían el déficit de la voluntad política para ponerlas en funcionamiento. Así, las restricciones a la intermediación laboral por cooperativas de trabajo asociado (CTA) ya estaban previstas en 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) y el Acuerdo tripartita de 2006 entre las tres centrales obreras y la Confederación Nacional de Pensionados (CUT, CGT, CTC y CNP) (Confederación General de Trabajadores, 2006), los representantes de los empleadores (ANDI) y el Gobierno (representado por el Ministerio de la Protección Social, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación) y solo demandaba su implementación¹⁴¹.

precooperativas de trabajo asociado y fijó las multas y sanciones para quienes infrinjan la normatividad. Las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que incurran en la intermediación laboral quedarán incurso en causal de disolución y liquidación. El artículo sexto del Decreto, fijó que el valor de las multas (hasta por 5.000 salarios mínimos legales vigentes) se destinarán al Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)" ("Colombia sí hizo la tarea", 2011).

141 El contenido de la carta acuerdo dispone : "En cumplimiento de la recomendación efectuada por la Misión de Alto Nivel de 2011 para que los mandantes tripartitos de Colombia actualicen el Acuerdo suscrito en el año 2006, las partes signatarias del presente 'Acuerdo Laboral' expresan su voluntad de acoger la citada recomendación y por lo tanto, manifiestan que los compromisos consignados en la 'Carta Acuerdo de 2006', seguirán siendo parte integral de la agenda de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales y se comprometen a desarrollar las siguientes acciones: 1. Reorganización del Ministerio del Trabajo [...]. 2. Fortalecimiento del sistema de administración del trabajo. 2.1 Ampliación de la Planta de Inspectores del Trabajo [...]. 2.2 Términos en las investigaciones administrativas. El Gobierno Nacional se compromete a cumplir lo dispuesto en la circular número 060 de 2009, por medio de la cual se reglamentó el término máximo de duración del trámite de las querellas administrativas laborales. 2.3 Mecanismos de quejas y reclamos. Fortalecer el sistema de Atención al Ciudadano, que comprende la implementación de una línea de atención gratuita, una línea de atención con opción exclusiva para Cooperativas, Precooperativas de Trabajo Asociado y Empresas de Servicios Temporales; rediseño de la plataforma tecnológica de la página web del Ministerio de la Protección Social para atención de consultas, quejas y reclamos con la opción de presentar denuncias en forma anónima [...]. 2.4 Visitas de Inspección Preventiva. Desarrollar planes y mecanismos de seguimiento en las visitas a las Empresas de Servicios Temporales E.S.T., Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado [...]. 2.5 Programa de Inducción y Capacitación a Inspectores de Trabajo [...]. 2.6 Fortalecimiento de los mecanismos de información [...]. 2.7 Campaña de difusión de la Ley, Doctrina y Jurisprudencia sobre Servicios Públicos Esenciales. Compilación normativa, difusión y capacitación de los diferentes textos legales relativos a Servicios Públicos esenciales orientado a los trabajadores, empleadores y organizaciones sindicales. 2.8 Estrategia de comunicación y capacitación para promover y socializar los derechos laborales. Diseñar e implementar programas de difusión y formación sobre normas laborales de carácter individual y colectivo. 2.9 Programa de Formación en Resolución de Conflictos. Diseñar e implementar un programa de capacitación en negociación, mediación, conciliación y arbitraje que propenda el uso adecuado de las herramientas teórico-prácticas para el manejo y transformación del conflicto laboral. 2.10 Reglamentación del art. 63 de la Ley 1429 de 2010 y anticipo de la entrada en vigencia. 2.11 Penalización por uso indebido de los Pactos Colectivos de Trabajo. Incluir en la reforma al Código Penal un artículo modificatorio del art. 200 de la Ley 599 de 2000 por medio del cual se penalice la violación de los derechos de reunión y asociación y el uso indebido de los Pactos Colectivos. 2.12 Agencias de Colocación de Empleo 'A.C.E'. Implementar un sistema de inspección preventiva y reactiva para las Agencias de Colocación de Empleo y revisar su marco normativo. 3. Programa de protección a líderes sindicales [...]. 4. Reforma a la justicia penal [...]. 5. Diálogo social. 5.1 Posicionamiento de la CETCOIT. 5.2 Pensiones:

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Así las cosas, la proyección del Derecho Laboral colectivo en Colombia no está hoy en las clásicas medidas de negociación entre grupos de interés focalizados —territorial, industrial o gremialmente— o en el desarrollo “natural” del conflicto de clases de una “sociedad industrial”, sino más bien en la adaptación de las fuerzas estratégicas globales. Si el mercado no tiene fronteras y el mundo es cada vez más interdependiente, el derecho de negociación colectiva debe ser asumido desde una perspectiva distinta del parroquialismo y del paternalismo. Debe operar y presionar, simultáneamente, desde afuera hacia adentro y viceversa. La respuesta no es la postura de más Estado que propone la izquierda vetusta que añora un Estado de bienestar extinto incluso en sus países de origen, pero tampoco es la creencia ingenua de la derecha en un mercado omnisciente y todopoderoso con poderes salvadores. Estado y mercado son ficciones; lo real son los individuos y sus intereses, que pueden llegar a acuerdo por la “reconstitucionalización” del derecho a la negociación colectiva.

El advenimiento de la Ley 100 de 1993

El texto constitucional no solo afectó el diseño del Derecho Laboral, sino que además trató de enfrentar la cuestión acuciante de la financiación de seguridad social mediante la tácita o explícita admisión de la interacción público-privada en áreas —sobre todo económicas— consideradas de dominio exclusivo del Estado. Indica Cortés González (2009):

El impacto de la nueva Carta Política en el sistema de seguridad social es alto, en cuanto reformula a través de sus normas y principios la fundamentación del sistema

Analizar, proponer y adoptar en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales aspectos de interés a los pensionados y fortalecer la subcomisión pensional dentro de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales 5.3 Promover la confianza entre los actores tripartitos [...]. 5.4 Negociación en el sector público. Concertar con las Centrales Obreras y expedir un Decreto que reforme el Decreto 535 de 2009.5.5 Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Las partes signatarias del presente acuerdo laboral, se comprometen a fortalecer la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales y las Subcomisiones Departamentales, para lo cual se solicitará asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo —OIT, y de manera especial avocarán el estudio de políticas públicas que permitan reducir la tasa de informalidad y los mecanismos para solucionar y promover políticas para la generación de empleo, analizar elementos de contratación laboral, difundir el derecho de asociación de trabajadores y empleadores como parte esencial de la democracia. 6. Asistencia técnica de la OIT. Las partes signatarias del presente acuerdo manifiestan su interés en fortalecer los programas de asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo que contribuyan a garantizar el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas” (cursivas propias) (Confederación General de Trabajadores, 2006, pp. 1-7).

mismo, principalmente a partir de los siguientes postulados: a) la organización de la República como un Estado social de Derecho (art. 1. C.P.). b) La consagración del trabajo como fundamento del Estado social de Derecho (preámbulo y art. 1). c) La consagración de la solidaridad entre las personas que integran el Estado como fundamento del mismo. El principio de solidaridad es básico para la estructuración del sistema de protección social. d) El reconocimiento del tríptico constitutivo del Estado: persona-familia-sociedad. e) El reconocimiento del tríptico económico en que se funda el Estado: propiedad-trabajo-libre empresa. f) La consagración de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), frente a la cual el Estado se encuentra obligado a prestarle amparo (art. 42) y la especial protección a los niños (art. 44). g) El reconocimiento del derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio, y el señalamiento de sus principios, así como la indicación de que en el mismo pueden concurrir los particulares (art. 48). h) El reconocimiento del derecho a la salud (art. 49). i) El reconocimiento de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral (art. 53). Dentro de ellos se reconoce la remuneración mínima vital y móvil, la garantía de seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. j) El reconocimiento del derecho a la vivienda digna (art. 51). k) El reconocimiento del derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52). l) La instauración de la acción de tutela que terminará cobijando derechos sociales por conexidad con derechos fundamentales, y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de dicho instituto, como doctrina que da realidad efectiva a los principios del Derecho aplicables en Colombia (arts. 86 y 241). m) El reconocimiento del bloque de constitucionalidad y del carácter no taxativo de los derechos reconocidos por la Constitución Política (arts. 93 y 94). n) El reconocimiento del deber de solidaridad social a cargo de las persona (art. 95). o) El reconocimiento de la autonomía de las organizaciones no gubernamentales (art. 103). p) La consagración de la finalidad social del Estado y de los servidores públicos (arts. 365y 366) (pp. 142-143).

Con todo este paquete de prescripciones, el sistema de seguridad social colombiano adquiere su carta de ciudadanía moderna, pues hasta la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993 o Estatuto de la seguridad social, la constitucionalización del derecho a la seguridad social no había aparecido en el ordenamiento positivo (Cañón Ortegón, 2007). Se reformó —y para algunos doctrinantes, luego se contrarreformó¹⁴²— con el Artículo 48 constitucional, antes de las adiciones

142 Como destaca Óscar Iván Cortés (2006), la pródiga y en ocasiones excesiva regulación sobre el sistema integral de seguridad social la hace contradictoria. "De hecho, si a la multiplicidad de decretos reglamentarios de la ley

efectuadas por el Acto Legislativo 01 de 2005 que será estudiado en extenso en el próximo capítulo:

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.

En este contexto, es comprensible la razón por la cual la Ley 100 de 1993 posee un tono dual: por un lado, apunta a conciliar la perspectiva del Estado social de Derecho con la iniciativa de la reestructuración (racionalización) del Estado y, por otro, intenta asegurar la sostenibilidad financiera del sistema con su ampliación en cobertura. Una tarea titánica, cuando no paradójica, pues la construcción del Estado de bienestar que supone el Estado social de Derecho es, por principio, contradictoria con la lógica del Estado-mínimo preconizada por la doctrina neoliberal. La materialización de derechos sociales supone una extensión del Estado antitética con los axiomas básicos de la ortodoxia neoclásica. Por eso, como se detallará en el próximo capítulo, ante las controversias y los problemas reales del sistema, se ha decidido priorizar unos principios —los del mercado— sobre los otros —los del Estado social—.

No obstante, Colombia no es un caso marginal porque, en líneas generales, en América Latina se ha optado por la solemne y formal declaración de derechos sociales universales y por la parcelación de su reclamo y garantía por vía jurídica. Esto se debe a que la mayor parte de las normas sobre protección social obligatoria (que no de asistencia pública) apuntan a beneficiar al sector formal y,

100 de 1993 establecidos para cada uno de los sub-sistemas que conforman el sistema de seguridad social integral agregamos las denominadas reformas y contrarreformas (Reforma al sistema general de riesgos profesionales: ley 777/02; Reforma laboral: ley 789/02; Reforma pensional: ley 797 y 860/03; Acto Legislativo N° 1/05), y a todo este espectro normativo sumamos las circulares internas tanto de las entidades encargadas de la dirección y control como de las propias entidades prestadoras del servicio, ya encontramos argumentos suficientes para asegurar que en no pocos casos cada uno de ellos va por caminos diferentes" (p. 51).

en consecuencia, a las relaciones salariales legales de la actividad productiva o a la apropiación privada de los factores correspondientes a los derechos sociales¹⁴³. Así, deja por fuera gran parte de la población trabajadora independiente e informal, la cual resultó lanzada a dicha situación no por la iniciativa y el riesgo de la voluntad privada, sino por la propia lógica neoliberal que busca incrementar los beneficios de la renta sin consideración o externalidad distinta al propio sueño del equilibrio walrasiano¹⁴⁴.

De aquí que los factores correspondientes a los derechos sociales sean percibidos como privilegios por las políticas neoliberales que focalizan el gasto público o introducen reformas a la política social donde la relación salarial y la estabilidad en el trabajo son la excepción y no la regla (Rodríguez Salazar, 2009, pp. 222-223).

Aun así, le asiste cierto mérito a la Ley 100 de 1993 por haber sustraído a la seguridad social colombiana del tradicional tratamiento parcelado de sus componentes (salud, pensiones, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios) y, por lo mismo, haber concebido al sistema de forma integral. No obstante, según varios autores, faltó atender dos puntos importantes: primero, la inclusión expresa de las cajas de compensación familiar dentro de los servicios

.....
143 No ha de entenderse aquí por relaciones salariales legales todas las posibilidades que, incluso bajo el cobijo de la ley, socavan los derechos laborales adquiridos, sino las relaciones que tiene un contrato laboral formal con todas sus características. Este continúa siendo el criterio definitorio de los sectores protegidos en la Ley 100 de 1993, aun cuando el Sistema integral de seguridad social apuntalado allí permite y promueve la afiliación de trabajadores independientes y de otros sectores como mecanismo de asegurar recursos frescos para el sistema mediante la actualización de la Planilla integrada de liquidación de aportes (PILA), creada por el Decreto 1465 del año 2005, por una parte y, por otra, para dar cumplimiento formal al mandato constitucional de progresividad del derecho a la seguridad social (República de Colombia, 1991, art. 48).

144 Sugiere Javier Pineda Duque (2008) que “después de cuarenta años el concepto de sector informal ha seguido teniendo una importancia considerable en el entendimiento de la realidad laboral, especialmente en América Latina. Ello toma mayor relevancia toda vez que la noción de informalidad se ubica como referente central para la formulación de políticas de desarrollo, tanto porque permite ‘identificar’ los sujetos de los programas, como porque permite orientar las acciones entre lo social y lo económico. Así por ejemplo lo entiende el reciente trabajo del Banco Mundial para orientar las reformas que en su concepto se requieren en los sistemas de seguridad en América Latina (Perry, G. et al. Informalidad: escape y exclusión. Washington, 2007). Con una definición que se inclina hacia lo institucional para dicho propósito, la cobertura o no de seguros de salud y pensiones, resalta el alto componente ‘voluntario’ de la informalidad en la región (la idea de que la informalidad surge como una decisión voluntaria del trabajador a partir de un análisis costo-beneficio de acogerse o no a la regulación, constituye una visión individualista e histórica que choca con la idea de inserción y organización social de los entornos en que se desempeñan los trabajadores), identifica los desestímulos que las barreras de regulación o los regímenes subsidiados generan para una mayor formalidad y propone mecanismos para que los pobres coticen y se supere la insostenibilidad de los sistemas dada la persistencia de la informalidad (la ampliación de la cobertura se logra con recursos provenientes de lo formal, si este no crece, la ampliación de cobertura se agota). En el fondo, estas propuestas constituyen un reconocimiento del agotamiento de los modelos de desarrollo y el no cumplimiento de los ideales de las reformas de los 90, soportados ambos por la misma institucionalidad internacional” (p. 301).

sociales complementarios (Cortés Hernández, 2006) y, segundo, el desarrollo de un sistema asistencial orgánico.

Sobre el primer particular no hay una declaración legal concluyente, aunque se admite, vía jurisprudencia, que la naturaleza de los beneficios prestados por las cajas de compensación familiar las ubica en el sistema integral de seguridad social sin que hubiera una expresa declaración de ello en la Ley 100¹⁴⁵. En el segundo punto, con la expedición de la Ley 789 de 2002, que complementa el sistema integral de tipo contributivo con la creación del Sistema de protección social de orden distributivo, se adicionaron formalmente varios subsistemas (los de subsidio familiar, al desempleo y al adulto mayor, entre otros) bajo la rúbrica de la asistencia social, lo que permitió organizar un buen número de medidas asistenciales y de subsidios existentes (Congreso de la República, 2002).

Sobre la Ley 100 indica Arenas Monsalve (2006):

- a) El sistema integral de seguridad social, en los términos de la Ley 100 tiene como objetivos, garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados, y procurar la aplicación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema (art. 10).
- b) El sistema integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social (art. 6). [Lo que] significa desaparecer las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los regímenes de transición normativa.
- c) Con la denominación de “sistema integral” se cubren los tres grandes sistemas legales desarrollados por la Ley 100 (art. 8): sistema general de pensiones, salud y riesgos profesionales. Adicionalmente se crearon con criterio marginal, los denominados servicios sociales complementarios.
- d) Un aspecto de importancia capital en la seguridad social, como lo es el sistema de asignaciones familiares o subsidio familiar, no fue mencionado dentro del sistema. En realidad ese régimen forma parte también de la seguridad social, aunque la Ley 100 no lo haya expresado de ese modo. La Ley se ocupó de manera tangencial pero importante del sistema de subsidio familiar: permitió a las cajas de compensación familiar la participación en el capital de las administradoras de pensiones (art. 90);

.....
145 Como ha sostenido la Corte Constitucional (1999b), el sistema de subsidio familiar forma parte del sistema de seguridad social integral, por cuanto “el régimen de seguridad se erige como un servicio público, debe deducirse que el subsidio familiar también lo es. [...] el subsidio familiar (L. 21 de 1982) es una especie del género de la seguridad social”.

les permitió también participar como entidades promotoras de salud; y dispuso, finalmente, que las cajas debían participar en el régimen subsidiado de salud, mediante la destinación de un porcentaje de los recaudos del subsidio familiar (art. 217) (pp. 110-111)¹⁴⁶.

.....

146 La Ley 100 de 1993 dispone desde su Preámbulo: "La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad". Asimismo, los artículos citados por el autor señalan: "Art. 6. Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. 2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley. 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley [...]. Art. 8. Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley [...]. Art. 10. Objeto del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones [...]. Art. 90. Entidades administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza. Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley. Las entidades de Derecho Público del sector central o descentralizado, de cualquier nivel territorial, podrán promover la creación o ser socias de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. También podrán promover la constitución o ser socias de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones las entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar directamente o a través de instituciones de economía solidaria podrán promover la creación, ser socias o propietarias de sociedades administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía, en los términos de la Ley. A efectos de lograr la democratización de la propiedad, las Cajas de Compensación Familiar deberán ofrecer a sus trabajadores afiliados en término no mayor a cinco años la titularidad de por lo menos el 25 % de las acciones que posean en las respectivas administradoras, conforme a los reglamentos. El plazo de cinco años se contará a partir de la constitución de la sociedad administradora. Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos de sus excedentes para el pago de los aportes a las sociedades administradoras. Las compañías de seguros podrán ser socias de las entidades a que se refiere el presente artículo, pero solo podrán participar directamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante los planes de seguros que se adopten en esta Ley [...]. Art. 217. De la participación de las cajas de compensación familiar. Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5 % de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100 % del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10 %. La aplicación de este cociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año. Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen

En cuanto a otras características que identifican el Estatuto de la seguridad social no se puede dejar de mencionar su naturaleza de “ser un derecho irrenunciable de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio” (Corte Constitucional, 1994a); tal precisión destaca, por una parte, el carácter de derecho general, exigible, irrenunciable y de rango constitucional del derecho a la seguridad social y, por otra, admite la participación del sector privado en la prestación del servicio, pues por público no se entiende estatal¹⁴⁷.

Sobre el primer punto, la Corte Constitucional (1992c) señaló que “hoy en día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona”¹⁴⁸. Esto no significa que dicha generalidad le imponga al Estado la obligación de una prestación universal, pues cuando el mismo texto constitucional advierte que la seguridad social “comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”, lo que apuntala es que ese derecho ha de entenderse como un mandato de optimización que, si bien tiene vocación de generalidad, está sujeto a la viabilidad financiera

subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía. Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente Ley, el 55 % que las Cajas de Compensación deben destinar al subsidio en dinero, se calculará sobre el saldo que queda después de deducir el 10 % de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal y el aporte a la Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución a que hace referencia el presente artículo”.

147 Los artículos que destacan estos particulares señalan: “Art. 1°. Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro [...]. Art. 3°. Del derecho a la seguridad social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley. Art. 4°. Del servicio público de seguridad social. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”.

148 También puede verse Consejo de Estado (2001).

del sistema, la misma que se encuentra supeditada a la estabilidad macroeconómica en los términos en que los artículos constitucionales señalados —de cariz neoliberal— entienden la estructura del ajuste económico del país¹⁴⁹.

En cuanto a la exigibilidad del derecho, Arenas Monsalve (2006) ha señalado que:

La seguridad social tiene un campo conceptual propio en el ordenamiento jurídico (no es un apéndice del Derecho del Trabajo), criterios orientadores e interpretativos específicos, instituciones que la materializan y jueces competentes para resolver sus conflictos. Ese derecho objetivo, cuando se le mira desde el ángulo del sujeto, se torna un derecho subjetivo, es decir, que la persona tiene derecho a la seguridad social específicamente cuando su situación de hecho se enmarca dentro de las normas del sistema de seguridad social. En este momento, el derecho subjetivo se convierte en derecho exigible: su titular tiene la posibilidad de reclamarlo de los sujetos obligados a su reconocimiento y puede acudir a la jurisdicción para hacer valer su exigibilidad. La legislación procesal regula la exigibilidad de los derechos derivados de la seguridad social. A este respecto, la Ley 712/01 dispone que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce, entre otros asuntos: “Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras y prestadoras, cualquiera sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan” (art. 2º, núm. 4) (p. 136).

La irrenunciabilidad se predica de los elementos integrantes del derecho a la seguridad social integral; las prestaciones consolidadas desde el ámbito constitucional y legal no pueden ser renunciadas o cedidas por su titulares (arts. 48 y 53 CP, en concordancia con los arts. 3º L. 100/93 y 1º L. 789/02)¹⁵⁰, ya que la afilia-

149 En orden a la ideología neoliberal se ha desarrollado recientemente la “Regla Fiscal”, Ley 112 de 2010, que es una extensión de la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”.

150 El Artículo en mención de la Ley 789 de 2002 dispone: “Art. 1º. Sistema de protección social. (Artículo condicionalmente exequible. Aparte tachado inexecutable) El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo. El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados. En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos. El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico. Creación

ción al sistema de seguridad social, no a cualquiera de las entidades que integran el mismo¹⁵¹, no puede ser objeto de transacción ni conciliación, en orden a que el carácter obligatorio y no optativo del pago de los aportes y su monto involucra la obligación de satisfacer los derechos por parte de los operadores y del Estado y, por otra parte, el deber de los afiliados cotizantes de respetar las circunstancias de beneficio causadas legalmente (Cortés González, 2009). Esto implica que cualquier estipulación regresiva respecto a los derechos establecidos legalmente carece de toda legitimidad, pues “la irrenunciabilidad de los derechos es, en consecuencia, el argumento constitucional para rechazar la validez de todo convenio o regla unilateral que desconozca los derechos establecidos en la normatividad de seguridad social” (Arenas Monsalve, 2006, p. 137).

Todas las características señaladas abrevan del rango constitucional de la seguridad social, el cual tiene dos implicaciones de suma importancia para el caso en estudio. En primer lugar, reconoce el carácter iusfundamental del derecho —cuestión problemática en cuanto al carácter conexo o de segunda generación del mismo— y, en segundo lugar, limita la expedición formal y manifiesta de normas por el legislador ordinario, que conlleven el desmonte de los derechos adquiridos en esa materia¹⁵². Además, como los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sirven de pauta interpretativa y son prevalentes en el orden interno (República de Colombia, 1991, art. 93), el rango constitucional del derecho a la seguridad social supone su adecuación al bloque de constitucionalidad (Corte

del Fondo de Protección Social. Créase el Fondo de Protección Social, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o a la entidad que haga sus veces, cuyo objeto será la financiación de programas sociales que el Gobierno Nacional defina como prioritarios y aquellos programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz. El Fondo de Protección Social tendrá las siguientes fuentes de financiación: 1. Los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional. 2. Los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social. 3. Las donaciones que reciba. 4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos. 5. Los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título”. Artículo declarado exequible por los cargos estudiados, salvo el aparte tachado y el parágrafo que se declaran inexecutable por la Corte Constitucional (2004c), “[...] en el entendido que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto”.

151 En este sentido, ha sostenido la Corte Constitucional (1997c; 1997d; 2008g) que la afiliación es al sistema y no a uno de sus subsistemas.

152 Se habla aquí de la expedición formal y manifiesta para sugerir que esta proscripción no impide la aparición o el estudio de medidas legislativas que, en la práctica, sacrifiquen el gasto social y, con ello, la viabilidad real de la satisfacción de las prestaciones. Es el caso de la Ley sobre “regla fiscal” y el proyecto de Acto legislativo modificatorio de la Constitución que agrega el “principio” de la sostenibilidad fiscal.

Constitucional, 1993a; 1995a). Todos estos puntos se comentarán más adelante, pues por ahora solo se hará un recuento general y sumario del tratamiento pensional en la Ley 100 de 1993 sin entrar en pormenores.

El Estatuto de la seguridad social concibe la prestación del servicio como de carácter público y no estatal, lo que, sin abandonar su carácter obligatorio, supone la posibilidad de prestación por particulares, dado que el aseguramiento eficiente del servicio público —inherente a la finalidad del Estado— no es obstáculo para limitar su prestación por parte del sector privado, como lo muestran los Artículos 365 y 333 constitucionales en conformidad con el Artículo 48 CP y las Leyes 789 de 2002 y 1151 de 2007. De ahí que:

La protección social como servicio público presenta tres características básicas en Colombia:

-Por un lado se define directamente por la Constitución como tal, sin que requiera ley al respecto. Se trata de un servicio público de rango constitucional. De otra parte se le entiende como servicio público social, en cuanto tiene por objeto suministrar a sus beneficiarios prestaciones sociales, es decir, prestaciones que tienden a beneficiar categorías de ciudadanos considerados más o menos desprotegidos contra los riesgos inherentes a su condición social.

-Igualmente, se trata de un servicio público esencial por definición en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud y con respecto al sistema general de pensiones, en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones (art. 4º L. 100/93), casos en los cuales está prohibida la huelga (art. 56 C.P.) (Cortés González, 2009, p. 187).

En cierta forma, la Ley 100 de 1993 sancionó tibiamente el ajuste estructural, pues su Artículo 4 permitió la prestación administración del servicio público obligatorio —ya no exclusiva del Estado, que se subroga la facultad de supervisión, vigilancia y control— bajo las reglas del mercado, aunque atadas a unos lineamientos mínimos y “esenciales” a la operación del mismo¹⁵³. Esto es un contrasentido,

.....
153 Como se advierte en los artículos siguientes de la Ley 100, nunca se asocia la prestación con el Estado, terrible anuncio de la privatización total de la seguridad social que aún hoy se encuentra vigente. “Art. 5º. Creación. En desarrollo del artículo 48º de la Constitución Política, organizase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estarán a cargo del Estado, en los términos de la presente ley. Art. 6º. Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. 2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley. 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda

porque el ánimo de lucro, el supuesto económico de la maximización de la utilidad individual, se opone por principio a la solidaridad y a cualquier restricción que se le imponga desde afuera. Con razón indica Cañón Ortegón (2007):

La seguridad social colombiana no tiene un modelo propio sino la transcripción del modelo chileno y está inspirada por los mismos principios, pero directamente orientada a la sustitución de los esquemas de asistencia pública, previsión social y seguros sociales obligatorios que se habían venido desarrollando en el país durante las últimas cinco décadas [...] con la expedición de la reforma de la seguridad social se plantea la construcción de un sistema integral, cuyas características básicas se pueden resumir en la siguiente forma: a) lograr la cobertura universal en forma progresiva [...]; b) unificar los regímenes para hacer más racional y equitativo el sistema [...]; c) adoptar un sistema mixto de financiación de tipo contributivo para las personas con recursos, y de carácter subsidiado para los grupos más vulnerables de la población, a través de la solidaridad general; d) incorporar elementos de eficiencia en la administración de los servicios y beneficios de la seguridad social, como la libertad de elección, la libre competencia y los estándares mínimos de calidad; e) la creación de una cultura del seguro, del ahorro, de la prevención, del autocuidado, etc.; f) reconocer y auspiciar la participación del sector privado y público en la gestión de la seguridad social, y g) tratar de desligar el desarrollo de la seguridad social de la regulación laboral. [Sin embargo] la incorporación del *ánimo de lucro* en el desarrollo de las actividades de la seguridad social y las medidas que trataron de liberar al Estado de la responsabilidad en materia de salud pública y con los grupos más desprotegidos de la población, han tenido efectos negativos en los desarrollos de la seguridad social (cursivas propias) (pp. 114-115).

Aunque en la Ley 100 hay una lista de principios altruistas que orientan la seguridad social, el orden y la jerarquía que se les asigne —en su desarrollo práctico y legal— depende de las definiciones más o menos ideologizadas de los grupos

la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley. Art. 7°. Ámbito de acción. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstas por esta Ley. Art. 8°. Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley. Art. 9°. Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

de poder involucrados. Como se ha dicho, estos obedecen en el canon ideológico neoliberal a una ordenación que ubica la eficiencia antes que la universalidad (en el Artículo 48 constitucional como en la Ley 100), a *contrario sensu* de lo que ocurre en la doctrina internacional.

La Ley 100 expresa que el principio de eficiencia “es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” (art. 2a). Ello supone romper con una de las reglas elementales de la filosofía del gasto público: los ingresos deben seguir a los gastos y no los gastos a los ingresos, pues las necesidades sociales que deben satisfacerse con bienes públicos exigen un gasto que debe ser el punto de referencia para que la política fiscal genere los ingresos que vayan acompañando las exigencias de gasto público y no al contrario: no partir de un criterio de estabilidad del ingreso al que las necesidades sociales deben ajustarse. Si bien la eficiencia implica la eficacia en la realización del control de resultados acerca del servicio, ello no presume que por vía legal se parta de cierta inercia en el ingreso (Corte Constitucional, 1992b). Por eso, la jurisprudencia ha declarado que “lograr el orden justo es el objetivo y el principio de eficiencia tiene que contribuir a ello”, como medio no como fin (Corte Constitucional, 2002b).

Como se ha dicho, la universalidad es entendida constitucional y legalmente como un programa progresivo no regresivo de optimización de un derecho, en particular, de cobertura subjetiva de la seguridad social que debe concretarse en: i) la garantía a todas las personas; ii) sin discriminación alguna, y iii) en todas las etapas de la vida. El “legislador debe optar por fórmulas que garanticen la ampliación de la cobertura de la seguridad social y la eficacia de este derecho irrenunciable” (Corte Constitucional, 2008a). Esto significa que “las prestaciones de la protección social no tendrán que materializarse en forma automática y plena, pero que el Estado está obligado a proveer aquellas a los beneficiarios, mediante el sistema que adopte, paulatina y progresivamente” (Cortés González, 2009, p. 241).

La solidaridad, indica la Ley 100, es “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”, coordinada y dirigida mediante la intervención del Estado. A pesar de la naturaleza casi inherente de

este principio a las personas, no se adecúa a la racionalidad del *homo economicus*, que guía la seguridad social como servicio que puede ser prestado por el mercado, según los principios liberales de propiedad y empresa. Por eso, es un absurdo tratar de conciliar el ánimo de lucro con la idea de que “la seguridad social debe apoyarse en instrumentos o técnicas de garantía colectiva, que distribuyan las cargas económicas entre el mayor número de personas, haciendo operar el principio de solidaridad lo más extensamente posible” (Atala, 1966, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 124)¹⁵⁴.

El principio de integralidad es la forma objetiva de la universalidad en cuanto a las prestaciones.

[Habrá de] reflejarse en la pretensión obligatoria que concierne a la satisfacción en tiempo y a cabalidad de los servicios que requiera el beneficiario, pues este es una persona, que no puede desdoblarse y ser una para las pensiones y otra para riesgos profesionales, a más de que demanda prestaciones que cubran plenamente sus necesidades (Cortés González, 2009, p. 249).

Debe existir una correspondencia entre las necesidades que se demandan y los beneficios que el sistema de seguridad social ha de ofrecer, con los criterios de cantidad, calidad y tiempo; esto quiere decir que el servicio debe ser suficiente, completo y oportuno¹⁵⁵.

Sin duda, de todos los principios considerados hasta ahora, el de unidad es el más utópico, porque consiste en “la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social” (Congreso de la República, 1993, art. 2e), pero la práctica de los sistemas dice una cosa muy distinta. En la realidad, frente a una misma necesidad no se

.....
154 Además, pueden verse Corte Constitucional (1992b).

155 Con estos criterios para el caso del sistema de salud, la jurisprudencia constitucional ha extendido las obligaciones de las entidades prestadoras del servicio a procedimientos y medicamentos no previstos en el POS, así como a las obligaciones de transporte, estadía, continuidad y celeridad administrativa (Corte Constitucional, 1993; 2000; 2007; 2008a). Además, señala Juan Carlos Cortés González (2009), “la noción de integralidad se refleja particularmente en tres instituciones del sistema de protección social en Colombia: a) El subsistema de los servicios complementarios a que alude el libro IV de la ley 100 [...] b) Los servicios que prestan las cajas de compensación familiar, inicialmente para cubrir la prestación del subsidio familiar enfocado a los trabajadores pero que paulatinamente se han ido extendiendo como emanación de la política social de estado [...] c) La extensión de las coberturas de la seguridad social a personas en condición de vulnerabilidad que no obstante no contar con los requisitos para acceder a las prestaciones son cubiertas por mandatos judiciales, como en el caso de pensionados por invalidez en condición de pobreza y extrema necesidad” (p. 250).

ofrece la misma prestación, las mismas pensiones, los mismos servicios, auxilios, etc. Con razón, se dice que el principio es altruista, puesto que:

[...] para hacer realidad el principio de unidad dentro del sistema de seguridad social, se acude a diversas formas, intermedias y graduales, de coordinación, sistematización o integración lógica, que conlleven paulatinamente a implantar regímenes generales y en lo posible un régimen único aplicable a toda la población (Perrin, 1980, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 134).

Es un postulado quimérico, ya que presume que los grupos de interés no actúan o presionan en su favor, más aún en un contexto como el colombiano, en el que se tiende a “igualar por lo bajo”. Así lo ejemplifica el Acto Legislativo 01 de 2005 que, supuestamente, en aras de unidad, eliminó regímenes de excepción, especiales y de transición y mantuvo y ratificó los regímenes especiales para el presidente de la República, las Fuerzas Armadas y ciertas actividades de alto riesgo¹⁵⁶.

Por último, en abierta contradicción con el principio anterior, el Legislador dispuso “la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto” (Congreso de la República, 1993, art. 2f), es decir, escribió una participación imposible de llevar a cabo, pues la negociación en el seno del Legislativo no es otra cosa que la negociación de grupos de presión representados. ¿Acaso existe otro modo de intervenir en la organización del sistema cuando su coordinación y dirección funcionan mediante la intervención del Estado? ¿Acaso la inclusión de un principio de raigambre constitucional permite eludir, en lo que atañe al manejo de las prestaciones para la comunidad, los intereses de sus beneficiarios? ¿Acaso es posible para el grupo de beneficiarios

.....
156 A esto hay que agregarle que el mencionado Acto Legislativo sugiere que “en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, lo que ha permitido una instrucción del procurador general de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, en la cual pide que la liquidación de pensiones para personal de la Rama Judicial, los magistrados de Altas Cortes, la Contraloría y el Ministerio Público se haga con base en los fallos de tutela y no en lo establecido en la Ley 100 sobre régimen de transición. En efecto, la circular del jefe del ente de control, expedida el pasado 4 de noviembre y dirigida a los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda, Cajanal en liquidación, el Seguro Social y los fondos de pensiones que administran el régimen de prima media, pide que, de conformidad con un régimen especial contenido en un decreto expedido hace 39 años (Decreto 546 de 1971), se reconozca la norma que permitiría que todos estos servidores públicos se pensionaran con un 75 % de la asignación mensual más elevada que hubiese devengado el servidor en el último año de servicio (*Portafolio*, 2010).

interesados el control, la gestión y la fiscalización del sistema en su conjunto cuando la fórmula más común de la ley es “en los términos previstos por esta ley”?

De la estructura del sistema de protección de seguridad social prefigurado en la Ley 100 de 1993 solo nos interesa abordar la cuestión pensional; por eso, se apuntalarán los mínimos comunes de su descripción. El análisis transdisciplinar del instituto pensional y de la organización sindical en el contexto específico de la Ley 100 y de todas las reformas que hasta el día de hoy le han seguido será objeto del siguiente capítulo, más aún cuando:

[...] la materia pensional ha estado en el orden del día de los principales debates públicos, al punto de haber sido incluida como materia del referendo constitucional que propuso el Gobierno Nacional y que el Congreso sometió a decisión del pueblo, en el mes de octubre de 2003, y que finalmente no fue aprobado por faltar el número de votantes mínimos (Cortés González, 2009, p. 261).

Empero, lo propuesto allí en materia pensional fue llevado a la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 de 2005.

Pensiones y ajuste constitucionalizado en la Ley 100 de 1993

Varias veces se ha repetido que, en línea con el Artículo 48 constitucional, el sistema de seguridad social en pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993 buscó ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir los costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema. También se sugirió que la tabla de salvación para un sistema desfinanciado e ineficiente era sustituir la razón de ser de estos fenómenos —el Estado— por la racionalidad económica del sector privado¹⁵⁷. Dicho de otro modo, la Ley instituyó el credo neoliberal bajo el supuesto de que el sistema general de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de

.....
157 Chile fue el pionero del sistema de ahorro individual y de la justificación neoliberal encabezada por los Chicago boys de “las reformas latinoamericanas que se han caracterizado por una traslación de la base de sustentación del sistema público de pensiones de la responsabilidad social a la individual. [...] muchos países de la región, en particular Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, la República Dominicana, El Salvador, México, Perú y Uruguay, han adoptado un sistema que se basa en las cuentas de ahorro individuales” (OIT, 2005).

las pensiones¹⁵⁸, es decir, en las actividades que no comprometen directamente la prestación. En la práctica, ello sugiere un paulatino proceso de desembarazo del Estado respecto a su obligación con las prestaciones económicas de las personas en condiciones de jubilación.

En efecto, con la instauración del sistema pensional dual (dos regímenes: prima media con prestación definida —administrada hoy por la nueva entidad pública Colpensiones— y ahorro individual, a cargo de fondos de pensiones, AFP)¹⁵⁹ se implanta una relación asimétrica de competencia, aunque los dos regímenes se suponen complementarios y fundados bajo el principio de la solidaridad¹⁶⁰ y el

158 "Art. 10. Objeto del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (Ministerio de Protección Social, 2009).

159 Los Artículos de la Ley 100 de 1993 en relación señalan: "Art. 52. Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojiera a cualquiera de los regímenes pensales previstos en esta Ley. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria [...]. Art. 90. Entidades administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza. Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley. Las entidades de derecho público del sector central o descentralizado, de cualquier nivel territorial, podrán promover la creación o ser socias de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. También podrán promover la constitución o ser socias de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones las entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar directamente o a través de instituciones de economía solidaria podrán promover la creación, ser socias o propietarias de sociedades administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía, en los términos de la Ley. A efectos de lograr la democratización de la propiedad, las Cajas de Compensación Familiar deberán ofrecer a sus trabajadores afiliados en término no mayor a cinco años la titularidad de por lo menos el 25 % de las acciones que posean en las respectivas administradoras, conforme a los reglamentos. El plazo de cinco años se contará a partir de la constitución de la sociedad administradora. Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos de sus excedentes para el pago de los aportes a las sociedades administradoras. Las compañías de seguros podrán ser socias de las entidades a que se refiere el presente artículo, pero solo podrán participar directamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante los planes de seguros que se adopten en esta Ley".

160 "Art. 12. Regímenes del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad". No está de más recordar que el régimen de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes (Congreso de la República, 1993, arts. 31 y ss.). Es un régimen solidario de prestación definida. Los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados. El régimen de ahorro individual

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Estado consigue hasta cierto punto “desligarse” del problema pensional¹⁶¹. Con los fondos privados, el Estado descargó parte de su responsabilidad con el argumento de depurar todo el esquema de burocracia, administraciones deficientes, corrupción, pensiones reconocidas a edades tempranas y montos altos no acordes con la situación económica del sistema o no compensadas con el ciclo de retorno. Según Ricardo Bonilla (2001):

Antes de la reforma de 1993, en Colombia existía un régimen contributivo concentrado en el ISS, con afiliados provenientes principalmente de empresas del sector privado y una base pequeña de trabajadores por cuenta propia, al lado de un sistema disperso de regímenes que cubrían a los empleados del sector público, el Ejército y la Policía. Con la reforma se introdujo un sistema dual que puso a competir el régimen contributivo, administrado por el sector público, con un nuevo régimen privado de capitalización individual, al mismo tiempo que se presionó al desmonte de algunas Cajas Públicas [...]. El sistema ideal es aquel donde se logren compatibilizar los anteriores criterios, es decir, se tenga la más amplia cobertura posible de la población económicamente activa, los aportes sean regulares, en el tiempo necesario y en la proporción de los ingresos suficiente, se tenga una vida activa normal y extendida en el tiempo, se asuma la jubilación a una edad adecuada y con beneficios proporcionales a lo aportado en la vida, así como una administración eficiente que haya logrado multiplicar los recursos con decisiones racionales de inversión y costo normal de gestión. Cumpliendo todos estos requisitos, las administradoras de los fondos pueden ser públicas o privadas y lo que marque la diferencia debe ser la mejor capacidad de gestión [...]. La presencia del doble sistema, contributivo y de capitalización individual, tuvo el objetivo de crear las condiciones para alcanzar el mejor sistema, no obstante, ninguno de los dos ha demostrado ser el sistema ideal y ambos tienen sus respectivas ventajas y desventajas (pp. 2-4).

con solidaridad está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros y la solidaridad por medio de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad y propende por la competencia entre las entidades administradoras del sector privado, del sector público y del sector social solidario que escojan los afiliados libremente (Congreso de la República, 1993, arts. 59 y ss.).

161 “Antes de la Ley 100, el Estado cargaba el fardo de las pensiones de entidades liquidadas y quebradas y del manejo irresponsable de las entidades territoriales, pero no debía comprometer recursos tan cuantiosos en materia pensional, siempre y cuando funcionara el sistema de prima media escalonada llamado pacto intergeneracional, roto por la misma Ley 100, el cual tenía como base que los ingresos reales de los colombianos aumentaban, el empleo crecía y lo hacía aún más la población afiliada que la pensionada (todo lo cual supone una economía en ascenso y un manejo financiero responsable). Después de la Ley 100, el Estado debe pagar las pensiones de los afiliados antiguos, garantizar la pensión mínima para todos y trasladar a los Fondos los bonos pensionales (el dinero acumulado por una persona en una entidad de pensiones). Esto es lo que ha disparado el valor de la deuda pensional. [...] la Ley 100 significó que el Estado se quedó con los pensionados y los Fondos Privados con los cotizantes” (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, p. 5).

Al margen de una eventual extensión analítica sobre lo afirmado, el Sistema General de Pensiones colombiano asume la pensión como una “tasa de remplazo, en la medida que implica la sustitución de los ingresos que percibía estando en actividad productiva la persona, por ingresos en condición de pasivo” (Cortés González, 2009, p. 266). Para algunos autores que se revisarán más adelante, esto supone el resquebrajamiento del “pacto social intergeneracional”, porque en un paralelismo de sistemas excluyentes respecto a cada afiliado no puede considerarse la pensión como un reconocimiento del conjunto de la sociedad y de las actuales generaciones asalariadas a los servicios y aportes que durante décadas han hecho las personas que ya alcanzaron la tercera edad. El de régimen de prima media con prestación definida basado en la solidaridad intergeneracional es excluyente frente a un régimen de capitalización individual que, por principio, deja de lado cualquier ejercicio redistributivo para la tercera edad.

Si bien existen dos regímenes, el sistema es uno, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones normativas, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo previos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁶² y se fundamenta en el principio de solidaridad, en la medida en que ambos regímenes están obligados a:

[...] garantizar a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima, conforme a la ley, esto es que no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente en el momento de su causación. Para cumplir tal objetivo, crea un Fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante subsidios a los grupos que no tienen capacidad de pago (Moreno Lovera, 2010, p. 65)¹⁶³.

162 El Artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, señala: “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”.

163 El mentado fondo no es en realidad una persona jurídica, sino una cuenta especial de la Nación “(administrada bajo la forma de fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Lo que, además, lleva a presumir que los afiliados tienen libertad de escogencia y movilidad entre modelos, aunque solo hasta donde las disposiciones legales sobre portabilidad lo permitan¹⁶⁴.

Para Bonilla (2001), tales limitaciones implican:

[...] la relación entre contribuciones y beneficios se determina por el volumen de los aportes de cada afiliado, de tal manera que la liquidación es individual y el valor de los beneficios está en función del tiempo aportado, el valor cotizado, los rendimientos obtenidos y el costo de la administración, con lo cual el probable desequilibrio no se le traslada a otras personas ni a la siguiente generación [...] los aportes al fondo de solidaridad, 1 % del ingreso de aquellos que devenguen más de cuatro salarios

social solidario) [cuyo objeto] es subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte" (Congreso de la República, 1993, arts. 25-26). El aparte entre paréntesis fue declarado exequible por la Corte Constitucional (2006a) debido a los cargos analizados.

164 En ningún caso un mismo afiliado pueda estar vinculado simultáneamente a los dos regímenes. La Ley 100 dispone que el traslado entre regímenes solo podrá hacerse una vez cada cinco años, con algunas restricciones en el uso de esta facultad según el régimen en el que se encuentra la persona y su estatus pensional (Arenas Monsalve, 2006). La Ley 100 de 1993 expresa: "Art. 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley. Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente Parágrafo 1°. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios: a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley; b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes; c) El Gobierno Nacional establecerá un sistema de descuento directo de aportes para permitir el pago directo de los mismos; d) Las administradoras no podrán negar la afiliación de los trabajadores independientes ni exigir requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que las rigen; e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral; f) Para verificar los aportes, podrán efectuarse cruces con la información de las autoridades tributarias y, así mismo, solicitarse otras informaciones reservadas, pero en todo caso dicha información no podrá utilizarse para otros fines. 2. En forma voluntaria: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley. Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro. Art. 16° incompatibilidad de regímenes. Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones. Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad de los afiliados para contratar o ser partícipes en planes de pensiones complementarios dentro o fuera del Sistema General de Pensiones".

mínimos, no pasa de ser simbólico y deja en manos del Estado la solución a los problemas de desigualdad en la tercera edad, transfiriendo el ejercicio de solidaridad y redistribución a entidades diferentes a los fondos de pensiones (p. 11).

Al margen de comentarios adicionales, puede resumirse que el sistema pensional colombiano prefigurado por la Ley 100 es un modelo mixto que descarga la materialización de las inequidades propias de un sistema puro de capitalización individual en el Estado, en tanto tiene a su cargo el pago de las pensiones mínimas y el subsidio de la diferencia entre semanas cotizadas-edad-pensión que un trabajador promedio, con un salario mínimo, no podría alcanzar en las AFP¹⁶⁵. Estos factores ya se encuentran delineados por las propias características del sistema que, de acuerdo con el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, son:

La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.

.....
165 "Lo que sucedió con la Ley 100 es que unos ingresos que antes eran recaudados por el Estado y que éste administraba para garantizar su preservación, su adecuado uso y el mantenimiento de su valor real, pasó a manejarlos el sector privado (AFP) que los invierte en papeles del Estado, obtiene una alta rentabilidad y no debe erogar prácticamente ningún gasto en los próximos 20 años. Para asegurar su rentabilidad, los Fondos hacen inversiones y cobran una cuota de administración. En 2002 invirtieron la mitad de éstos dineros en títulos de deuda pública y 18,6 % en diversos papeles de las instituciones financieras —lo demás lo invirtió en distintos papeles, incluyendo moneda extranjera— mientras el llamado sector real de la economía recibió una inversión que no supera el 2 % de sus recursos y que de todas maneras se presta para operaciones cruzadas entre bancos o el favorecimiento a los monopolios, como cuando se compraron bonos de Bavaria por 215 mil millones de los 370 mil millones que estaban en oferta. La evolución de las inversiones de los Fondos en estos 12 años desmiente su papel de fortalecer la capacidad productiva del país. Valdría hacerse la siguiente pregunta: ¿Si las inversiones de las cuales los Fondos extraen su rentabilidad son principalmente papeles del Estado, o sea, una parte importante de su deuda pública, por qué este mismo Estado no maneja directamente tales dineros? Si el resultado final de toda ésta operación va a ser subsidiar las pensiones de los trabajadores en una suma multibillonaria, el Estado debería quedarse con los miles de millones que representan los gastos de administración. Los fondos privados de pensiones poseen 22 billones de pesos dedicados al parasitismo financiero mientras el I.S.S. no tiene con qué pagarles a sus pensionados. Por su parte, las reformas pensionales en América Latina han jugado un papel importante en el fortalecimiento del sector financiero, con el traslado masivo de recursos públicos al sector privado. Por otra parte, al I.S.S. se le entregó la responsabilidad de una mesada adicional que se dio como una especie de compensación a algunos pensionados perjudicados por la Ley 100 y que se conoce como la mesada 14, para la cual no se creó ningún fondo, lo que le representa un costo de 1 billón al año. El I.S.S. también asumió el 8 % del incremento en las cotizaciones ordenado en salud para los pensionados. Todo esto sin contar la campaña que se hizo contra la institución desde comienzos de la apertura económica y la sanción que le impuso la Superintendencia Nacional de Seguridad Social en Salud, prohibiéndole inscribir nuevos afiliados, argumentando para ello anomalías del I.S.S. en la rendición de cuentas. El gobierno rodeó de garantías a las AFP: los bonos pensionales expedidos por el I.S.S. deben rentar 4 % frente a 3 % de los emitidos por las AFP, y se otorgó la garantía de pensión mínima que beneficia a los Fondos Privados, ya que mientras un trabajador que gana el salario mínimo necesita 20 años para pensionarse en el I.S.S., con el mismo salario mínimo en los fondos requiere 40 años y puede pensionarse al completar 1.150 semanas, pero sus ahorros sólo le posibilitarían una pensión cercana a 40 % del salario mínimo, y la diferencia la cubre el gobierno, lo cual le significa al erario entre 11 y 35 billones de pesos. El mismo presidente de Asofondos, entidad que representa a los Fondos Privados, reconoció que a los 20 años de cotización una persona con un salario mínimo necesitaría un subsidio de 76 % para que su pensión alcance dicho salario mínimo. Esto fue corroborado por Sergio Velasco, investigador de la OIT" (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, pp. 5-8).

La selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado.

Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la Ley.

La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley.

Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Social o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado.

En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12° de la ley 100 de 1993 garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente Ley. 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.

Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

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

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

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 norma.

En cuanto a la financiación, el sistema se soporta en las cotizaciones de los afiliados que tienen como base el salario mensual de los mismos, a efecto de la obligación del cotizante de efectuar los aportes durante todo el tiempo necesario para hacerse a una pensión en cualquiera de sus formas (vejez, invalidez o anticipada). El pago de la pensión no podrá exceder las trece mesadas pensionales al año ni podrá tener montos superiores a veinticinco salarios mínimos legales

vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública, según el Artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que reformó el Artículo 18 de la Ley 100 de 1993¹⁶⁶. Por disposición del Decreto 4982 de 2007, la cotización obligatoria en ambos regímenes es de 16 % de los ingresos salariales o contractuales mensuales o sobre los ingresos que declaren los independientes¹⁶⁷.

Además, dadas las prerrogativas redistributivas de orden constitucional que se le imponen al sistema pensional (pensión mínima, subsidios a los faltantes del fondo de reparto y financiación de los bonos pensionales que aseguran la portabilidad de las cotizaciones del régimen de prima media al de capitalización), el Estado financia con recursos fiscales los faltantes que el propio sistema no pueda proveer. Estos, por cierto, no son pocos:

[...] en el caso colombiano los bonos pensionales y la garantía de pensión mínima, sin los cuales ningún trabajador se afiliaría a los fondos de pensiones, representan más de 24 billones de pesos que deben salir del presupuesto nacional y cuyo porcentaje es del 2,8 % del PIB (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, p. 10)¹⁶⁸.

Respecto a las prestaciones o los beneficios, el sistema contempla la pensión de vejez en atención a la pertenencia a uno u otro régimen. Entonces, si el afiliado se encuentra en el régimen de capitalización, no hay condicionamientos diferentes a la acumulación del capital pensional en la cuenta individual de cada afiliado, ya que:

[...] la pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la cuenta individual de ahorro el capital requisito para financiar dicha pensión, y su cuantía será proporcional a lo ahorrado. En consecuencia, el sistema hace abstracción del requisito de edad y del tiempo mismo en que se hayan hecho las cotizaciones, pues lo que cuenta es la cantidad cotizada (Arenas Monsalve, 2006, p. 237).

166 Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo, si este fuera inferior, para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia.

167 Originalmente, la Ley 100 de 1993 exigió como tiempo mínimo de cotización 1.000 semanas al sistema de seguridad social en pensión, pero con la Ley 797 de 2003 dicha base se amplió: comienza en 1.050 para 2005 e incrementa veinticinco cada año, hasta llegar a 1.300 en 2015.

168 El gasto colombiano en pensiones, como porcentaje del PIB, se ubica en una media general baja respecto al gasto en otros países, por ejemplo, 4,2 % en Israel (1992); 12,0 % en Letonia (1994); 4,1 % en Argentina (1994); 14,2 % en Bélgica (1995); 5,7 % en Canadá (1993) y 6,8 % en Estados Unidos (1994-1995) (Clavijo, 1998).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

A tenor, eso sí, de que la cuenta, en cualquiera de sus modalidades (renta vitalicia, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida) permita una pensión superior al 110 % del SMLV¹⁶⁹. Ello no obstaculiza las prestaciones y los beneficios adicionales contemplados para el régimen, de acuerdo con la disponibilidad de recursos en la cuenta individual¹⁷⁰.

Si el afiliado se encuentra en el sistema de prima media, la pensión puede causarse vía ordinaria y especial; para el primer caso, deberá reunir las siguientes condiciones: i) haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre, aunque a partir del 1 de enero de 2014 la edad se incrementó a 57 años de

169 "Art. 79. Modalidades de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes. Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso: a) Renta vitalicia inmediata; b) Retiro programado; c) Retiro programado con renta vitalicia diferida, o d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria. Art. 80. Renta vitalicia inmediata. La renta vitalicia inmediata es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento. La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora. Art. 81. Retiro programado. El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar. Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima. Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima. Art. 82. Retiro programado con renta vitalicia diferida. El retiro programado con renta vitalicia diferida, es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente" (Congreso de la República, 1993).

170 "Excedentes de libre disponibilidad. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos: a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70 %) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva. b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110 %) de la pensión mínima legal vigente" (Congreso de la República, 1993, art. 85).

edad para la mujer y 62 años para el hombre, y ii) haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo, pero a partir del 1 de enero de 2005 el número de semanas se incrementó en veinticinco cada año hasta llegar a 1.300 semanas en 2015¹⁷¹. Para el segundo caso, esto es, para personas que padezcan disminución física, psíquica o sensorial mayor a un 50 % o sus padres o madres encargados, el sistema exige cumplir 55 años y 1.000 semanas mínimas de

.....

171 "Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993; d) el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador; e) el número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. en los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte. Parágrafo 2°. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período. Parágrafo 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. Parágrafo 4°. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50 % o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1.000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la ley 100 de 1993. La madre [o el padre] trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo" (Congreso de la República, 1993, art. 79).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

cotización, lo que no impide el beneficio de una mesada adicional fijada con base en los criterios de ley para el monto de la pensión¹⁷².

Respecto a las prestaciones o los beneficios que el sistema contempla para la pensión de invalidez, la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, pierda un 50 % o más de su capacidad laboral puede adquirir el derecho a la pensión (Congreso de la República, 1993, art. 38), de acuerdo con las condiciones y los montos previstos en los Artículos 39 y 40 de la misma Ley 100¹⁷³ y sin más limitación para la calificación y revisión del estado

.....
172 "Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65 %, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente: $r = 65,50 - 0,50 s$, donde: r = porcentaje del ingreso de liquidación y s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes. A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1,5 % del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70,5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80 %) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima" (Congreso de la República, 1993, art. 34). Asimismo, señala el artículo 50: "Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión".

173 "Art. 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. invalidez causada por enfermedad, que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; 2. 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. 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. Art. 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: a) el 45% del ingreso base de liquidación, más el 1,5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66%; b) el 54 % del ingreso base de liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización. Cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66 %, la pensión por invalidez no podrá ser superior al 75 % del ingreso

de invalidez que lo dispuesto en la Ley 100 (arts. 41-44) y en su interpretación por la Corte Constitucional, en relación con la aplicación del principio de favorabilidad y el principio de la progresividad (Corte Constitucional, 2007a; 2007d).

En el caso del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Ley 100 de 1993 dispone que son beneficiarios, en el monto establecido por la misma, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las circunstancias y condiciones siguientes: por muerte a causa de enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, que haya cotizado un 25 % del tiempo transcurrido entre el momento en el que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; por muerte a causa de accidente: si es mayor de 20 años de edad, que haya cotizado un 20 % del tiempo transcurrido entre el momento en el que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento¹⁷⁴.

base de liquidación. En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual. La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”.

174 “Artículo 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y 2. los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta Ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80 % del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez. Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) en forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Por último, respecto a las prestaciones o beneficios de los regímenes pensionales, hay que considerar que en ambos modelos existe un auxilio funerario, así como una indemnización sustitutiva o devolución de saldos para quienes cumplan con la edad señalada por la ley, pero se encuentren ante la imposibilidad de causar el derecho pensional, bien por no haber efectuado las cotizaciones mínimas exigidas, bien por no contar con el capital necesario para financiar una pensión. Tal beneficio se hace extensivo tanto para la pensión de invalidez como para la de sobreviviente en los mismos términos en los que lo es para la pensión de vejez, según lo prescribe el artículo 37 de la Ley 100 de 1993¹⁷⁵.

últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; c) los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la ley 100 de 1993; d) a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este; e) a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste. Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil. Artículo 48. Monto de la pensión de sobrevivientes. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100 % de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley. No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto" (Congreso de la República, 1993).

175 Los artículos pertinentes refieren, en su orden: "Art. 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado [...]. Art. 45. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley [...]. Art. 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley". Acerca del auxilio funerario, el Artículo 51 manifiesta: "Auxilio funerario. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario. Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto

Tras describir, *grosso modo*, cómo la normatividad que rige el Sistema General de Pensiones en Colombia presenta varios desequilibrios e inequidades que conspiran contra la sostenibilidad financiera del sistema en conjunto y atentan contra el principio rector de la solidaridad intergeneracional, está por verse si, en materia del capital de los fondos de pensiones, la Reforma Financiera (Ley 1328 del 15 de julio de 2009) consigue la profundización financiera, el fomento del ahorro y la inversión productiva de los recursos de las pensiones que anuncia. Dicha reforma:

[...] señala como objetivo de intervención que los recursos de los fondos de pensión obligatoria estén invertidos en portafolios de inversión que consideren las edades y expectativas de los afiliados, con el objetivo de maximizar la rentabilidad ajustada por riesgo para brindar las prestaciones previstas en la Ley a favor de los afiliados. En armonía con lo anterior, se faculta al Gobierno para establecer las normas pertinentes para la administración de diferentes portafolios de inversión de pensión obligatoria por parte de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, incluyendo, entre otros, la definición del número de portafolios, los regímenes de inversión de cada uno de ellos, la rentabilidad mínima aplicable a éstos de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, las reglas obligatorias y supletivas de asignación de las cuentas de ahorro individual a los distintos portafolios, así como las posibilidades de elección por parte de los afiliados y el régimen de transición (Zuluaga, 2007, p. 4).

Con la implementación del Programa de multifondos, el Gobierno persigue promover la financiación completa del capital de los cotizantes y adscribirlos de ese modo a la lógica neoliberal que se impuso en la Ley 100 de 1993, pero al día de hoy no ha conseguido los resultados prometidos. Esto es más notorio en lo que tiene que ver con el régimen de inversión de los capitales pensionales, reglamentado por el Título IV de la Circular básica jurídica expedida por la Superintendencia Financiera (1996), por la actividad de las AFP que intermedian en el mercado de valores. Pese a que esta actividad está reglamentada por los Decretos 2175 de 2007 y 1121 de 2008, se desconoce quiénes aportan los recursos de ahorro pensonal. Por eso, cuando los afiliados alcanzan una pensión de

de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto”.

un 110% del salario mínimo, conforme al Artículo 85 de la Ley 100 de 1993, los fondos terminan encargándose de la supuesta optimización de los excedentes.

En otras palabras, la salida neoliberal al problema de los portafolios en materia de pensiones es profundizar el juego especulativo del capital financiero y desconocer con ello la alternativa de la negociación colectiva. Para el establecimiento, la solución es convertir al cotizante en un especulador o, en el mejor de los casos, arrojarlo a las manos del fondo intermediario; así lo dispone el Artículo 100 de la Reforma financiera:

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 (Congreso de la República, 2009, art. 100).

Flujos y reflujos

En atención a lo que se propuso desde la primera parte de este capítulo, el instituto pensional es una de las medidas de contención social del problema de la distribución de la riqueza al que es aneja la categoría de negociación, en cuanto está ligado al desarrollo conflictivo de la sociedad industrial y a sus “luchas” entre intereses alternativos opuestos. Desde una perspectiva no monodisciplinar,

se mostró que en Colombia el advenimiento de la seguridad social, en general y del instituto pensional, en particular, surgió como un movimiento reactivo del establecimiento frente al ascenso confrontador de la organización social y sindical.

En efecto, la creación del Instituto Colombiano de Seguridad Social (ICSS) y del seguro social obligatorio mediante la Ley 90 de 1946 fue la respuesta —de las clases políticas dominantes— a las demandas y esperanzas insatisfechas de la Revolución en marcha y una forma de legitimidad política estructurada en función de la correlación de fuerzas de los sectores sociales organizados. De ahí que las formas legales representen los resultados de la movilización de los grupos de interés. Por eso, en Colombia se ha asistido a un movimiento de flujo —cuando las expectativas y la capacidad de negociación-movilización social-sindical es mayor— y de reflujo —cuando cede el potencial de negociación-movilización—. Ejemplo de lo primero fue la toma de medidas del Frente Nacional entre 1964-1966, con el inicio del seguro de riesgos profesionales por los Decretos 3169, 3179 y 3041. Muestra de lo segundo fue el desmonte de los derechos convencionales obtenidos por los trabajadores después de 1974, otorgadas por la Corte Suprema de Justicia con dos decisiones: una, que los árbitros no pueden decretar la retroactividad salarial entre la fecha que se expide el laudo y el día en que se vence la convención colectiva (Corte Suprema de Justicia, 1974); la otra, que los árbitros solo pueden decretar incrementos económicos en salarios y prestaciones aun en desmejora de las convenciones colectivas, tanto en los aspectos monetarios como en otros derechos (estabilidad, pensiones, cesantías, etc.).

También se mostró que la relación histórica entre organización social y seguridad social en materia pensional, anterior a la Carta de 1991, se desarrolló en buena parte bajo la egida de la zanahoria y del garrote, por ejemplo, con la amenaza de la Ley 30 de 1985 y, al tiempo, la sanción de una “nueva” Constitución de los derechos sociales laborales, pero con remisión al Legislador (derecho a la honra, art. 21; la segunda instancia, art. 31; el asilo, art. 36; la seguridad social, art. 48; derecho de asociación sindical, art. 39; los principios mínimos fundamentales, art. 53; el derecho de negociación, art. 55; la huelga, art. 56, participación en la gestión de las empresas, art. 57; el acceso a la propiedad de las empresas, art. 60; etc.).

Las reformas laborales del proceso de reestructuración, por ende, no se comprenden solo como medidas del Legislativo —adecuadas según las posiciones

doctrinales en boga— para la “actualización” del Código Sustantivo del Trabajo. La política de ajuste económico es un programa ideológico, político y económico que se sirve de herramientas jurídicas y que se enfrenta mediante la elección racional —en términos de la teoría de public choice— de acuerdos entre posiciones alternativas interesadas. El discurso sobre el derecho a la negociación colectiva rebasa, entonces, la pura órbita jurídica, habida cuenta de que el reconocimiento de unos derechos-beneficios, en este caso a la libertad sindical y a la negociación colectiva, es también un programa ideológico, político y económico.

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 2007¹⁷⁶. 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 nacional¹⁷⁷. 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 neoclásica¹⁷⁸. 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 continente¹⁷⁹. 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 macroeconómico¹⁸⁰, 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 fiscales¹⁸¹. 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.

Colombia¹⁸². 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 público¹⁸³.

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—¹⁸⁴ en la Ley 100 de 1993 se introdujeron ciertas medidas de salvaguarda de los derechos adquiridos¹⁸⁵. 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 5º, 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 4º 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 1º y 2º 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 5º 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 indica¹⁸⁶:

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 prometidos¹⁸⁷. 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 sistema¹⁸⁸.

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)¹⁸⁹.

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 ISS¹⁹⁰. 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 pensional¹⁹¹. 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 sistema¹⁹². 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 trabajo¹⁹³.

.....
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 privados¹⁹⁴.

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 SMLMV¹⁹⁵.

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)¹⁹⁶.

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 social¹⁹⁷.

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 nacional¹⁹⁸ 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)¹⁹⁹; no obstante, continuó “buscando el ahogado río arriba”, pues las causas reales del déficit persistían y persisten²⁰⁰. 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 imponemos 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—²⁰¹ 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 toques 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 que²⁰²:

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.

•Pensiones y negociación colectiva•

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 conciliada²⁰³ 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 cuenta²⁰⁴, 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 Cámara²⁰⁵ 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)²⁰⁶.

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).

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)²⁰⁷.

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 constitucional²⁰⁸, 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 sobrevivientes²⁰⁹, 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 correspondiente²¹⁰.

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)²¹¹. 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)²¹².

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)²¹³.

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 adelante²¹⁴. 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 3²¹⁵, 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 pensiones²¹⁶.

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

215 “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”.

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 pensionales²¹⁷. 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 regresiva²¹⁸, 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 puntos²¹⁹: 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 contributivas²²⁰.

.....
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 BEP²²¹.

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 el 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 2º. 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 párrafo 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 Ejecutivo²²². 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 inmediato²²³. 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)²²⁴.

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 excepciones²²⁵. 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 2010²²⁶. 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)²²⁷.

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)²²⁸.

.....
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 transicionales²²⁹. 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" (negritas 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 pensional²³⁰, 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 año²³¹.

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 ella²³². 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”²³³. 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 párrafo 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 ellos²³⁴, 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 demanda²³⁵.

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 Ejecutivo²³⁶; 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 caso²³⁷. De ello se desprende que es posible limitar la negociación colectiva a la posibilidad de pensionarse con cargo a dineros públicos²³⁸.

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 social²³⁹. 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 privado²⁴⁰.

.....
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”²⁴¹, sino para desarrollar el sistema mixto que demanda el país²⁴².

.....
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 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) (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 adquiridos²⁴³, 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 constitucionalidad²⁴⁴. 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 pensiones²⁴⁵. 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 pensional²⁴⁶. 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 inexequibilidad 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 colectiva²⁴⁷, 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)²⁴⁸.

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)²⁴⁹.

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)²⁵⁰. 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 2005²⁵¹ en el momento de analizar la constitucionalidad del punto 8 del referendo de 2003²⁵². 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 general²⁵³. 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 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). 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

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)²⁵⁴.

En otras palabras, al margen de que todas las convenciones colectivas pudiesen haber expirado para julio de 2010²⁵⁵, 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 progresividad²⁵⁶.

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)²⁵⁷. 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 Corte²⁵⁸.

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)²⁵⁹.

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 importantes²⁶⁰. 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 (2000h²⁶¹; 2000d²⁶²; 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 *sensu stricto* (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 integradora²⁶³, 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

•Pensiones y negociación colectiva•

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)²⁶⁴.

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 colectiva²⁶⁵. 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 desafilarse 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 trabajadores²⁶⁶.

Ahora bien. Son estrechas las relaciones entre los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, pues como ya lo ha considerado la Corte²⁶⁷, 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**²⁶⁸.

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 colectiva²⁶⁹, 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 exequibles²⁷⁰ [...]. 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.

•Pensiones y 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 constitucional²⁷¹, 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 práctico²⁷².

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)²⁷³.

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 laboral²⁷⁴. 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 privado²⁷⁵.

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 Unidos²⁷⁶, 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)²⁷⁷, 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 pensional²⁷⁸.

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 plazo²⁷⁹. 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.

A MODO DE EPÍLOGO DE LA INVESTIGACIÓN

En el contexto de la problemática jurídica y metajurídica que ha dirigido este estudio, no se tratará ahora de recopilar las conclusiones que en cada parte se han señalado. Antes bien, ahora se responderán algunas cuestiones que no fueron respondidas de forma explícita:

1. ¿El Acto Legislativo 01 de 2005 protege los derechos adquiridos en el texto constitucional respecto a las pensiones convencionales?

El Acto Legislativo 01 de 2005 responde a una evolución ideológica del modelo neoliberal que, aun en contravía de los propios principios de la economía neoclásica, empleó la estrategia de la elusión constitucional para refrendar la pauperización de las condiciones de los trabajadores colombianos, a costa de sacrificar los logros del movimiento social-sindical.

Como ya se mostró, es posible la justiciabilidad del derecho a las pensiones colectivas mediante la interpretación sistemática e integral de los fines esenciales del Estado. Estos exigen una interpretación de la Carta —mediado el bloque de constitucionalidad— que reitere y comunique caso a caso las obligaciones asumidas por Colombia, mediante la ratificación de los tratados y convenios internacionales referentes a los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. Las convenciones colectivas que se suscribieron o se prorrogaron antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ¿se mantienen inamovibles el cuanto al derecho pensional?

Los derechos adquiridos se imponen constitucionalmente como una directriz de acción y decisión, pero aún más en orden al principio de armonización (*a fortiori maiori ad minus, minus ad maiori*) que dice:

[...] la posibilidad de conflictos entre normas constitucionales es frecuente. Lo cual hace pensar que ante estas contradicciones pueda el intérprete de la norma o el operador jurídico, en este caso el juez constitucional, desechar un derecho o principio para aplicar el otro a quien éste se encuentra enfrentando, lo cual no es posible, porque la aplicación de un bien constitucional protegido como un derecho no puede implicar para el intérprete que, so pretexto de aplicarlo, desconozca otra norma que tiene igual jerarquía y valor, por encontrarse prescrita en la propia Constitución. De forma que ésta no es una solución admisible a la luz de la Constitución. Ella no puede ser una solución acertada ante tal dilema, en razón de que el intérprete estaría de manera flagrante violando un principio orientador del Estado Social de Derecho fijado en el artículo segundo de nuestra carta política, que señala como fin del estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Dicho principio extractado de la aplicación práctica del artículo segundo de la Constitución por parte de la Corte Constitucional es el “principio de la armonización concreta” [...] no le es permitido al juez constitucional (o juez de tutela, o a la Corte Constitucional en la revisión de sentencias de tutela, o en la revisión de la constitucionalidad de las leyes) desconocer un derecho protegido por el texto fundamental, en su labor hermenéutica de establecer el contenido y el alcance de los derechos constitucionales fundamentales. Por tal motivo, y en atención al inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Nacional, la Corte Constitucional ha elaborado y prohijado en su jurisprudencia una doctrina aplicable como criterio de solución ante situaciones en que existan conflictos entre normas del texto constitucional, ya sean estas normas de derechos fundamentales, de principios o valores. Esta doctrina denominada “principio de armonización concreta” ha sido la respuesta de la Corte Constitucional a los casos en que existe conflicto entre normas constitucionales, pero en los cuales no se puede inaplicar ninguna de las normas que representan intereses reconocidos como derechos fundamentales en juego. Salvando así también las exigencias planteadas por el mismo artículo de la Constitución. De este modo, a partir del análisis efectuado por la Corte Constitucional a la finalidad del Estado colombiano de asegurar la “máxima efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Constitución” y, a su vez, de observar esta garantía como principio inspirador del resto de la carta fundamental. La Corte extrae de este artículo “el principio de la armonización concreta” justificado por una interpretación acorde con los fines esenciales del Estado Social de Derecho que hace necesaria tomar en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos

•A modo de epílogo de la investigación.

y deberes consagrados en la Constitución (CN, art. 2). Este principio entonces es la aplicación del artículo segundo constitucional, el cual busca la armonización de las normas constitucionales que en un caso concreto se encuentran en conflicto, con la finalidad de “impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos”. Este principio se constituye en una regla judicial creada por vía jurisprudencial aplicable a situaciones en que exista conflicto entre normas constitucionales.

Para explicar este principio aplicado por la Corte Constitucional es necesario entender este modelo como “un modelo de aplicación de argumentos”. Esto es, en aplicación de la ponderación como ya fue explicado. Ante conflictos entre normas que prescriben derechos fundamentales constitucionales (principios), su ponderación es válida, de acuerdo con una máxima de proporcionalidad. El carácter de principio implica la máxima proporcionalidad de los mismos, lo cual hace que el juez competente pueda ponderarlos en caso de conflicto y aplicar el principio de armonización concreta caso a caso.

3. Si los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva forman parte del bloque de constitucionalidad y el Acto Legislativo restringe abiertamente esos derechos, ¿cómo se resuelve la misma?

Una antinomia no puede resolverse sino con la desaparición de una u otra de las normas en conflicto o con la supresión total de las implicadas. Mas interpretar un derecho fundamental en un caso concreto y ponderarlo con otro (si es de igual rango) para ponerlo por encima no equivale a invalidar a su contraparte; solo implica una argumentación suficiente para alguno de los involucrados en el caso de la demanda de justiciabilidad.

El estudio aquí presentado no se satisfizo con la resolución de un problema jurídico desde una perspectiva monodisciplinar, sino que buscó en los fundamentos del instituto pensional razones explicativas de la progresividad y regresiva de este “derecho” para no sesgarse en un paleopositivismo alejado de una fundamentación externa como la que exige Alexy (1997), el cual ha distinguido entre fundamentación interna y externa de las decisiones jurisdiccionales.

Tal distinción podría entenderse, primero, con base en la logicidad de los fallos, es decir, su congruencia con las formas lógicas del sistema; la fundamentación interna parte de la inferencia de resultados (conclusiones) a partir de la relación entre las reglas y los casos concretos (premisa mayor y premisa menor).

Esta fundamentación, vista desde la óptica del formalismo, equivaldría a la idea de subsunción como una deducción silogística (tipo Bárbara) del resultado individual a partir de la regla general.

Si surgiera la controversia —en este caso de fundamentación—, no sería sobre el contenido de las reglas, sino de la relación, plausible o no, entre el caso y la regla o reglas que le subsumen: sería una cuestión de índole procesal.

En contraste, la fundamentación externa indaga sobre el contenido de las reglas, en cuanto presuponen la subsunción en la fundamentación interna. En otras palabras, esta fundamentación ofrece las razones por las cuales un caso se “subsume” a una regla o un principio y, en este sentido, hace emerger hermenéuticamente el ser de la regla o del principio de la ley en sentido lato (Alexy, 1997).

BIBLIOGRAFÍA

- “Asesinados 90 representantes sindicales en el 2010, más de la mitad en Colombia”. (8 de junio de 2011). *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/asesinados-90-representantes-sindicales-2010-mas-mitad-colombia/241036-3>
- “Baja acogida de afiliados a esquema de multifondos”. (4 de abril de 2011). *El País.com.co*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/baja-acogida-afiliados-esquema-multifondos>
- “Circular de la Procuraduría prende alarma sobre pensiones”. (10 de noviembre de 2010). *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/circular-la-procuraduria-prende-alarma-pensiones>
- “Colombia sí hizo la tarea para el TLC con E.U”. (13 de junio de 2011). *ElColombiano.com*. Recuperado de http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/colombia_si_hizo_la_tarea_para_el_tlc_con_eu/colombia_si_hizo_la_tarea_para_el_tlc_con_eu.asp
- “Desigualdad extrema”. (12 de marzo de 2011). *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/desigualdad-extrema/236705-3>
- “Empleados públicos podrán ejercer derecho a la negociación colectiva”. (25 de mayo de 2012). *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Laboral-y-Seguridad-Social/-02-empleados-publicos-podran-ejercer-derecho-a-la-negociacion-colectiva-noti-120525/>
- “Plan de 15 puntos deberá cumplir Gobierno de Colombia para TLC con EE.UU”. (7 de abril de 2011). *ElPaís.com.co*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/plan-15-puntos-debera-cumplir-gobierno-colombia-para-tlc-con-ee-uu>
- Acosta, O. y Ayala, U. (2001). *Reformas pensionales y costos fiscales en Colombia*. Santiago: Cepal.

- Actas de Conciliación Senado y Cámara. (2005). *Informe de conciliación al Proyecto de Acto Legislativo 034, 127 de 2004 Cámara, 11 de 2004 Senado*, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. *Gaceta del Congreso* No. 382, junio 17 de 2005.
- Afanador Núñez, F. (1999). *El sistema pensional colombiano*. Bogotá: Legis.
- Ahumada, C. (1998). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora editores.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Almansa, J. (1977). *Derecho de la seguridad social. Tomo I*. Madrid: Tecnos.
- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. (1998). *Instituciones de seguridad social. 16a ed.* Madrid: Civitas.
- Alvis Fernández, A. (2009). El resquebrajamiento del modelo neoliberal. En CSA (ed.), *Sindicatos 2009. Estrategias frente a la crisis mundial, el multilateralismo y los acuerdos comerciales y de inversión* (pp. 157-160). Sao Paulo: Editor.
- Amin, S. (1999). *Los fantasmas del capitalismo*. Bogotá: El Áncora editores.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arce Cano, G. (1972). *De los seguros sociales a la seguridad social*. Ciudad de México: Porrúa.
- Archila Neira, M. (1989). La clase obrera colombiana 1886-1930. En Á. Tirado Mejía, J. Melo y J. Bejarano (eds.) *Nueva historia de Colombia, Tomo III* (pp. 219-244). Bogotá: Planeta.
- Archila Neira, M. y Delgado, Á. (1994). *¿Dónde está la clase obrera? Huelgas en Colombia 1946-1990*. Bogotá: Cinep.
- Archila Neira, M., Angulo Novoa, A., Delgado Guzmán, Á., García Velandia, M. C., Guerrero Guevara, L. G. y Parra, L. (2012). *Violencia contra el sindicalismo 1984-2010*. Bogotá: Cinep.
- Arenas Monsalve, G. (2006). *El Derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.
- Ariza, N. y Baquero, J. (2002). Estructura socio-laboral colombiana y su relación con el sistema pensional. En Fescol (ed.), *La reforma pensional que Colombia necesita* (pp. 71-118). Bogotá: Mesa de Trabajo de la Sociedad Civil sobre Reforma Pensional.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barón, G. (10 de julio de 2010). Sistema de pensiones, peor que el de salud. *UNPeriódico*. Recuperado de <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/sistema-de-pensiones-peor-que-el-de-salud.html>

•Bibliografía•

- Becker, G. (2002). *La economía cotidiana*. Ciudad de México: Planeta.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Blackburn, R. (2010). *El futuro del sistema de pensiones. Crisis financiera y Estado de bienestar*. Madrid: Akal.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría general del Derecho. 2a ed.* Bogotá: Temis.
- Bonilla González, R. (2001). Pensiones: en busca de la equidad. *Cuadernos de Economía* (34), 307-335.
- Bonilla, A. y Conte-Grand, A. (comps.). (2001). *Pensiones en América Latina, dos décadas de reforma*. Lima: OIT- Caja Costarricense de Seguro Social.
- Bourdieu, P. (2002). *Campo de poder, campo intelectual. Itinerario de un concepto*. Tucumán: Montessor.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2005). *Estudio preliminar a la fuerza del Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Bustamante, J. (julio-diciembre, 2006). Factores que inciden en la cobertura del sistema pensional en Colombia. *Archivos de Economía*, XXXVIII(2), 2-60.
- Campos, A. (1994). *Introducción a la Lógica y la Geometría griegas anteriores a Euclides*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia
- Cañón Ortegón, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social. 2a ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Caracol Radio. (1 de mayo de 2010b). *El Gobierno Nacional expidió decreto para reglamentar el contrato sindical*. Recuperado de <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1018187>
- Caracol Radio. (2 de agosto de 2010a). *Un nuevo modelo de pensiones rige en Colombia*. Recuperado de http://caracol.com.co/radio/2010/07/31/economia/1280565660_334764.html
- Carrasquilla, A. y Palacio, D. (2004a). *Proyecto de Acto Legislativo 034*, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de Constitución Política”. Bogotá: *Gaceta del Congreso* No. 385, julio 23 de 2004.
- Carrasquilla, A. y Palacio, D. (2004b). *Proyecto de Acto Legislativo 127 Cámara*, “por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. Bogotá: *Gaceta del Congreso* No. 452, agosto 20 de 2004.
- Castro, F., León, C. E., Reveiz, A. y Piraquive, G. (2009). Modelo de simulación del valor de la pensión de un trabajador en Colombia. En Banco de la República (editor de la serie), *Borradores de Economía: 553*. Bogotá: Banco de la República.
- Central Unitaria de Trabajadores. (2004). *Proyecto de ponencia sobre pensiones*. Recuperado de [http://www.ens.org.co/aa/img_upload/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/PROYECTO DEPONENCIASOBREPENSIONESPARAELCONGRESONAL_1_1_.pdf](http://www.ens.org.co/aa/img_upload/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/PROYECTO_DEPONENCIASOBREPENSIONESPARAELCONGRESONAL_1_1_.pdf)

- Centro de Investigaciones para el Desarrollo [CID]. (19 de abril de 2007). *Comunicado de prensa. Ranking de EPS y ARS*. Recuperado de http://www.cid.unal.edu.co/files/news/070420_comunicado_ranking_eps_y_ars.pdf
- Cepal. (2006). *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*. Recuperado de <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/2806>
- Chaparro, S. (2009). *Reflexiones sobre las sentencias de la Corte Constitucional en torno al sistema UPAC: ¿Fueron estas decisiones jurídicamente correctas y económicamente convenientes?* Bogotá: CEID-Universidad Nacional.
- Clavijo, S. (1998). *El nuevo régimen pensional colombiano y sus efectos fiscales: de las "joyas" de la corona a los faltantes de tesorería*. Bogotá: CEDE.
- Clavijo, S. (2010). *Pasivo pensional de Colombia: ¿cómo enfrentar el activismo jurídico de los organismos de control?* Recuperado de <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Dic14-10.pdf>
- Confederación General de Trabajadores. (2006). *Acuerdo tripartita CGT, CTC y CNP-ANDI-Ministerio de la Protección Social*. Recuperado de http://www.cgcolombia.org/imagenes/Documentos/ACUERDO_TRIPARTITO_2006.pdf
- Congreso de la República. (1945). *Ley 6 de 1945*, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo". Bogotá: *Diario Oficial* No. 25.790, febrero 15 de 1945.
- Congreso de la República. (1988). *Ley 79 de 1988*, "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa". Bogotá: *Diario Oficial* No. 38.648, enero 10 de 1989.
- Congreso de la República. (1990). *Ley 50 de 1990*, "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones". Bogotá: *Diario Oficial* No. 39.618, enero 1 de 1991.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 100 de 1993*, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.148, diciembre 23 de 1993.
- Congreso de la República. (2000). *Ley 584 de 2000*, "Por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo". Bogotá: *Diario Oficial* No. 44.043, junio 14 de 2000.
- Congreso de la República. (2002). *Ley 789 de 2002*, "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo". Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.046, diciembre 27 de 2002.
- Congreso de la República. (2003a). *Ley 797 de 2003*, "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales". Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.079, enero 29 de 2003.

•Bibliografía•

- Congreso de la República. (2003b). *Ley 860 de 2003*, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45415, diciembre 29 de 2003.
- Congreso de la República. (2003c). *Ley 819 de 2003*, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.243, julio 9 de 2003.
- Congreso de la República. (2005). *Acto Legislativo 01 de 2005*, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.980, julio 25 de 2005.
- Congreso de la República. (2011a). *Acto Legislativo 03 de 2011*, “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.117, julio 1 de 2011.
- Congreso de la República. (2011b). *Ley 1473 de 2011*, “Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.121, junio 5 de 2011.
- Consejo de Estado. (1991). *Sentencia de 8 de abril de 1991*. C. P. Clara Forero de Castro. Sección Segunda.
- Consejo de Estado. (2001). *Sentencia de 30 de marzo de 2001*. C. P. Delio Gómez Leyva. Sección Cuarta.
- Cordera Campos, R. (1999). Globalidad sin equidad: notas sobre la experiencia latinoamericana. *Revista mexicana de Sociología*, 62(4), 21-41.
- Corredor, A. (2009). *Control fiscal en Colombia. Apuntes de acción y reflexión*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Corredor, C. (2001). La modernización inconclusa. En G. Misas Arango (ed.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX* (pp. 15-38). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2000). *Sentencia C-1490 de 2 de noviembre de 2000*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1992a). *Sentencia C-479 de 13 de agosto de 1992*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1992b). *Sentencia C-575 de 29 de octubre de 1992*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1992c). *Sentencia T-471 de 17 de julio de 1992*. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.
- Corte Constitucional. (1992d). *Sentencia C-606 de 14 de diciembre de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (1992e). *Sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. (1992f). *Sentencia T-426 de 24 de junio de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1993a). *Sentencia C-067 de 4 de febrero de 1993*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (1993b). *Sentencia T-597 de 15 de diciembre de 1993*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1993c). *Sentencia T-013 de 19 de enero de 1993*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (1993d). *Sentencia C-112 de 25 de marzo de 1993*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1994a). *Sentencia C-408 de 15 de septiembre de 1994*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1994b). *Sentencia T-290 de 21 de junio de 1994*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1994c). *Sentencia C-009 de 20 de enero de 1994*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1994d). *Sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1995a). *Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1995b). *Sentencia C-262 de 20 de junio de 1995*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1995c). *Sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996a). *Sentencia C-613 de 13 de noviembre de 1996*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996b). *Sentencia C-111 de 21 de marzo de 1996*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1997a). *Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1997b). *Sentencia C-596 de 20 de noviembre de 1997*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1997c). *Sentencia T-250 de 27 de mayo de 1997*. M. P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. (1997d). *Sentencia T-437 de 10 de septiembre de 1997*. M. P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. (1997e). *Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

•Bibliografía•

- Corte Constitucional. (1997f). *Sentencia C-309 de 25 de junio de 1997*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-478 de 9 de septiembre de 1998*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1999a). *Sentencia C-582 de 11 de agosto de 1999*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1999b). *Sentencia T-568 de 9 de diciembre de 1999*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1999c). *Auto 078 de 9 de diciembre de 1999*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2000a). *Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2000b). *Sentencia T-179 de 25 de enero de 2000*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (2000c). *Sentencia C-1187 de 13 de septiembre de 2000*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2000d). *Sentencia C-797 de 29 de junio de 2000*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2000e). *Sentencia C-211 de 1 de marzo de 2000*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2000f). *Sentencia C-1491 de 2 de noviembre de 2000*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2000g). *Sentencia C-385 de 5 de abril de 2000*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2000h). *Sentencia C-567 de 17 de mayo de 2000*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2000i). *Sentencia C-926 de 19 de julio de 2000*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2000j). *Sentencia C-1504 de 8 de noviembre de 2000*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2001a). *Sentencia C-1287 de 5 de diciembre de 2001*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2001b). *Sentencia SU-1122 de 25 de octubre de 2001*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2001c). *Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001*. M. P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. (2001d). *Sentencia T-1303 de 6 de diciembre de 2001*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional. (2001e). *Sentencia SU-544 de 24 de mayo de 2001*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2001f). *Sentencia T-161 de 12 de febrero de 2001*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2002a). *Sentencia C-086 de 13 de febrero de 2002*. M. P. Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. (2002b). *Sentencia T-235 de 4 de abril de 2002*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2002c). *Sentencia C-251 de 11 de abril de 2002*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2003a). *Sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2003b). *Sentencia T-603 de 23 de julio de 2003*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2003c). *Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2003d). *Sentencia C-781 de 10 de septiembre de 2003*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2004a). *Sentencia C-038 de 27 de enero de 2004*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2004b). *Sentencia C-754 de 10 de agosto de 2004*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2004c). *Sentencia C-314 de 1 de abril de 2004*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2005a). *Sentencia C-401 de 14 de abril de 2005*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2005b). *Sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2005c). *Sentencia C-425 de 26 de abril de 2005*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2006a). *Sentencia C-243 de 29 de marzo de 2006*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2006b). *Sentencia C-472 de 14 de junio de 2006*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2006c). *Sentencia C-181 de 8 de marzo de 2006*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2007a). *Sentencia T-043 de 1 de febrero de 2007*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2007b). *Sentencia T-056 de 1 de febrero de 2007*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

•Bibliografía•

- Corte Constitucional. (2007c). *Sentencia T-085 de 8 de febrero de 2007*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2007d). *Sentencia T-580 de 30 de julio de 2007*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2007e). *Sentencia C-280 de 18 de abril de 2007*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2007f). *Sentencia C-216 de 21 de marzo de 2007*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2007g). *Sentencia C-153 de 7 de marzo de 2007*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2007h). *Sentencia C-292 de 25 de abril de 2007*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2007i). *Sentencia C-155 de 7 de marzo de 2007*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2008a). *Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2008b). *Sentencia C-466 de 14 de mayo de 2008*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2008c). *Sentencia C-507 de 21 de mayo de 2008*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2008d). *Sentencia C-617 de 25 de junio de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2008e). *Sentencia C-465 de 14 de mayo de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2008f). *Sentencia C-063 de 30 de enero de 2008*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2008g). *Sentencia C-1212 de día de mes de 2008*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2009a). *Sentencia C-428 de 1 de julio de 2009*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. (2009b). *Sentencia C-349 de 20 de mayo de 2009*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2009c). *Sentencia T-090 de 17 de febrero de 2009*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2009d). *Sentencia T-168 de 18 de marzo de 2009*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2009e). *Sentencia T-217 de 27 de marzo de 2009*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional. (2009f). *Sentencia T-396 de 2 de junio de 2009*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2011a). *Sentencia T-013 de 14 de enero de 2011*. M. P. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional. (2011b). *Sentencia T-210 de 28 de marzo de 2011*. M. P. Juan Carlos Henao.
- Corte Suprema de Justicia. (1974a). *Sentencia de homologación. Laudo arbitral Fundación A. Shaio, 12 de noviembre de 1974*. M. P. Juan Benavides Patrón.
- Corte Suprema de Justicia. (1974b). *Sentencia de homologación. Laudo arbitral Departamento del Huila, 21 de febrero de 1974*. M. P. Juan Benavides Patrón.
- Corte Suprema de Justicia. (1979). *Sentencia de noviembre 8 de 1979*. Sala Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (1980). *Sentencia de agosto 25 de 1980*. Sala Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (1982). *Sentencia de mayo 22 de 1982*. Sala Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (1995). *Sentencia 7245 de 10 de mayo de 1995*. M. P. Francisco Escobar Henríquez. Sala de Casación Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (1996). *Sentencia 9399 de 27 de noviembre de 1996*. M. P. Ramón Zúñiga V. Sala de Casación Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (2007). *Sentencia de 16 de agosto de 2007*. M. P. Edgardo Villamil Portilla. Sala de Casación Civil.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). *Sentencia 29907 de 3 de abril de 2008*. M. P. Gustavo José Gnecco. Sala de Casación Laboral.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). *Sentencia 40662 de 15 de febrero de 2011*. M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Sala de Casación Laboral.
- Cortés González, J. C. (2009). *Derecho de la protección social*. Bogotá: Legis.
- Cortés Hernández, Ó. I. (2006). *Derecho de la Seguridad Social. 2a ed.* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Devesa, J., Martínez, M. y Vidal, C. (2000). *Análisis y valoración de los sistemas de pensiones reformados en Latinoamérica*. Valencia: Universitat de València.
- Devia, J. (2004a). *Ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 034 y 127 de 2004 Cámara*, “Por medio de los cuales se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. Bogotá: *Gaceta del Congreso* No. 593, octubre 5 de 2004.
- Devia, J. (2004b). *Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 127 de 2004, Cámara*. *Gaceta del Congreso* No. 184, mayo 25 de 2005.
- Devia, J., Silva, Z., Avendaño, P., Vélez, W., Uribe, M., Moreno, S. et ál. (2005). *Informe de conciliación al Proyecto de Acto Legislativo 034, 127 de 2004 Cámara, 11 de 2004 Senado*, “Por el cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política”. Bogotá: *Gaceta del Congreso* 382, 17 de junio de 2005.

•Bibliografía•

- Díaz, P. A. (1996). Constitucionalismo neoliberal o neoconstitucionalismo latinoamericano. En A. Vargas *et ál.*, *Constitución, gobernabilidad y poder* (pp. 151-182). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad Industrial de Santander.
- duhaime.org. (s. f.). Pension Definition. En *Duhaime's Law Dictionary*. Recuperado de <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/Pension.aspx>
- Echeverry, J. C., Escobar, A., Merchán, C., Piraquive, G. y Santamaría, M. (2001). Elementos para el debate sobre una nueva reforma pensional en Colombia. En Dirección de Estudios Económicos (editor de la serie), *Archivos de Economía: núm. 156*. Bogotá: DNP.
- Ediciones Francis Lefebvre. (2010). *Memento práctico. Seguridad social 2010: Derecho laboral, seguridad social*. Madrid: Autor.
- Erhard, L. (1961). *Política económica de Alemania*. Barcelona: Ediciones Omega.
- Ermida Uriarte, Ó. (1990). La huelga en el Derecho Internacional comparado del trabajo. *Derecho Laboral*, XXXIII(160), 625-636.
- Escuela Nacional Sindical y Comisión Colombiana de Juristas. (2010). *Que os duelan las sangres ignoradas*. Recuperado de <http://www.colectivodeabogados.org/Que-os-duelan-las-sangres>
- Escuela Nacional Sindical. (2012). *Seguimiento a las medidas del plan de acción en derechos laborales*. Recuperado de http://ens.org.co/apc-aa-files/4e7bc24bf4203c2a12902f078ba45224/Seguimiento_plan_accion_abril_13.pdf
- Esping-Andersen, G. (2000). *Los fundamentos sociales de las economías posindustriales*. Barcelona: Ariel.
- Evans, P. (1998). El Estado como problema y como solución: rapacidad, autonomía contextualizada y cambio estructural. En S. Haggard y R. Kaufman (comps.), *La política de ajuste económico: las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado* (pp.175-225). Bogotá: Cerec.
- Evans, P. (2007). *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Bogotá: ILSA.
- Fajardo, M. (1975). *Derecho de la Seguridad Social*. Lima: Talleres Gráficos.
- Fajardo, M. (1997). *Teoría general de la seguridad social*. Lima: Universidad San Marcos.
- Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones [FIAP]. (2012). *Oportunidades y desafíos de los sistemas de capitalización individual en un mundo globalizado*. Santiago: Autor.
- Fedesarrollo. (2003). Misión de ingreso público. Informe del Consejo Directivo. En Autor (editor de la serie), *Cuadernos Fedesarrollo: núm. 10*. Bogotá: Autor.
- Fernández, E. (1992). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate.
- Frades Pernas, J. (2007). *Las reformas de las pensiones en Europa*. Recuperado de http://www.segsocial.es/Internet_1/Estadistica/Documentacion/FondodeInvestigacio48073/Estudios/index.htm

- Franky, P. (2001). *Textos normativos sobre el subsidio familiar de Colombia. Tomo 1, Legislación, jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Asocajas.
- Friedman, M. y Friedman, R. (1996). *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona: Biblioteca de Economía-Folio.
- Galbraith, J. K. (1985). *La sociedad opulenta*. Barcelona: Planeta-De Agostini.
- García-Pelayo, M. (1991). *Obras completas (II). Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gaviria, C. (1991). *Ha renacido la esperanza*. Recuperado de www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-115292
- Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, 119(1), 37-59.
- Giraldo Isaza, F. (2008). Balance económico de la administración Uribe. Primer período: 2002-2006 (Segunda Parte). *Apuntes del Cenes*, 27(45). Recuperado de <http://revistas.uptc.edu.co/revistas/index.php/cenes/article/view/3081/2779>
- Giraldo, C. (2010). Relación salarial, ciudadanía y derechos sociales. En Y. Le Bonniec (comp.), *Crisis de la sociedad salarial y protección social* (pp. 19-32). Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- González Charry, G. (1978). *Derecho Colectivo de Trabajo. Tomo I*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- González Herazo, E. (2010). *La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- González Roaro, B. (2003). *La seguridad social en el mundo*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- González, A. (2005). *Ponencia para segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo 11 de 2004 Senado, 34 de 2004 Cámara*, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". *Gaceta del Congreso* No. 349, 9 de junio de 2005.
- González, B. (2003). *La seguridad social en el mundo*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- González, M. J. (2000). ¿Por qué crece el sector público? La expansión del Estado de bienestar. En J. Martínez Álvarez (coord.), *Economía del sector público* (pp.123-139). Barcelona: Ariel Economía.
- González, S., Barcelón S. y Quintero, M. G. (2007). *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grisolia, A. (2005). *Manual de Derecho Laboral. 2a ed.* Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Hardach, G. (1997). *La Primera Guerra Mundial, 1914-1918*. Barcelona: Unión Editorial.
- Hardy, C. (1997). *La reforma social pendiente*. Santiago de Chile: Ediciones Chile 21.
- Hayek, F. (1996). *Los fundamentos de la libertad*. Barcelona: Biblioteca de Economía-Folio.

•Bibliografía•

- Hemming, R. (1998). El futuro de la seguridad social. En Federación de las Oficinas del Seguro Social (ed.), *Conferencia de Estocolmo 29 de junio-1 de julio de 1998* (pp. 256-160). Recuperado de <http://docplayer.es/6671792-El-futuro-de-la-seguridad-social.html>
- Henderson, J. (1985). *Cuando Colombia se desangró. Un estudio de la violencia en metrópoli y provincia*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Herrán, A. (1999). Coordenadas para la investigación multidisciplinar. *Encuentros Multidisciplinares* (3), 156-170.
- Hettne, B. (1999). El destino de la ciudadanía en la época poswestfaliana. En C. Hewitt y A. Minujin (eds.), *Derechos@Glob.Net globalización y derechos humanos en América Latina* (pp. 203-238). Bogotá: UNRISD, Unicef, Santillana.
- Jaccoud, L. (2010). Envejecimiento, dependencia y oferta de servicios asistenciales: un nuevo desafío para los sistemas de protección social. En A. Prado y A. Sojo (eds.), *Envejecimiento en América Latina. Sistemas de pensiones y protección social integral* (pp. 231-253). Santiago: Cepal.
- Jara, D. (2006). Propuestas dirigidas a mejorar la eficiencia de los fondos de pensiones. En Banco de la República (editor de la serie), *Borradores de Economía: 423*. Bogotá: Banco de la República.
- Jaramillo Uribe, J. (1982). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX. 3ª ed.* Bogotá: Temis.
- Jaramillo Vélez, R. (1998). *Colombia: la modernidad postergada. 2ª ed.* Bogotá: Argumentos.
- Juergen, D. (1989). Mercados libres y progreso económico. En L. Erhard, *Bienestar para todos* (pp. 11-22). Barcelona: Unión Editorial.
- Kalinowski, G. (1993). *Introducción a la Lógica Jurídica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Laserna, J. M. (2007). Una propuesta para mejorar el manejo de riesgo, la diversificación y la eficiencia de los portafolios de los fondos de pensiones obligatorias. En Banco de la República (editor de la serie), *Cuadernos Latinoamericanos de Administración, II(4)*. Bogotá: Banco de la República.
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa* (27), 211-243.
- Machado, A. (1998). *La cuestión agraria en Colombia a fines del milenio*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Manrique, F. (1984). *Manual de Derecho de la seguridad social*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Martí Buffill, C. (1974). *La seguridad social y la salud*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social.
- Martínez Álvarez, J. (2000). Consideraciones sobre el Estado de bienestar. En Autor (coord.), *Economía del sector público* (pp.13-31) Barcelona: Ariel Economía.
- Martínez, F. (2010). Seguridad social o asistencialismo: implicaciones para la sociedad y el Estado de separar el trabajo del derecho a la seguridad social. En Y. Le Bonniec (comp.),

- Crisis de la sociedad salarial y protección social* (pp. 33-44). Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Martínez, R. y Espíndola, E. (2007). *Gasto social en América Latina: una propuesta para su análisis*. Recuperado de http://risalc.cepal.org/archivos_recursos/499/GastoSocial_AL_Propuesta.pdf
- Mesa-Lago, C. (1959). *Planificación de la seguridad social. Análisis especial de la problemática cubana*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social.
- Mesa-Lago, C. (2004). *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*. Santiago: Cepal.
- Mesa-Lago, C. (2009). *La re-reforma de pensiones en América Latina: modelos de Argentina y Chile, y lecciones para Costa Rica*. Recuperado de ns.ccp.ucr.ac.cr/charlas/2009/pdf/cmesa.pdf
- Millares, A. (2009). *Entrevista en Radio Nederland Wereldomroep Latinoamérica*. Recuperado de <http://www.rnw.nl/espanol/article/una-salud-que-apesta>
- Ministerio de Protección Social. (2009). *Concepto 6941 del 9 de enero de 2009*.
- Misas Arango, G. (2001). De la sustitución de importaciones a la apertura económica. La difícil consolidación industrial. En G. Misas Arango (ed.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX* (pp. 111-134). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Montenegro, A. y Rivas, R. (2005). *Las piezas del rompecabezas: desigualdad, pobreza y crecimiento*. Bogotá: Taurus.
- Montenegro, S. (26 de abril de 2009). La informalidad en Colombia. *El Espectador*. <http://www.elspectador.com/columna137999-informalidad-colombia>
- Morales, M. (6 de marzo de 2011). Cotizan para 3 millones de pesos y se jubilan con 17 millones de pesos. *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/cotizan-millones-pesos-jubilan-17-millones-pesos-149228>
- Moreno Lovera, L. G. (2010). *Las reformas pensionales. Estudio analítico de las reformas a la Ley 100 de 1993*. Bogotá: Librería Ediciones del profesional.
- Muñoz, Á., Romero, C., Téllez, J. y Tuesta, D. (2009). *Confianza en el futuro: propuestas para un mejor sistema de pensiones en Colombia*. Bogotá: Norma-BBVA.
- Nelson, J. M. (1998). Pobreza, equidad y la política de ajuste. En S. Haggard y R. Kaufman (comps.), *La política de ajuste económico: las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado* (pp. 271-328). Bogotá: Cerec.
- Nugent, R. (2006). *La seguridad social: su historia y sus fuentes*. Recuperado de www.bibliojuridica.org/libros/1/139/36.pdf
- OIT. (1948) *Convenio 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:1210>

•Bibliografía•

- OIT. (1949) *Convenio 98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO
- OIT. (1951). *R091-Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91)*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312429:NO
- OIT. (1952). *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247
- OIT. (1967). *Convenio 128. Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128
- OIT. (1981). *Convenio sobre la negociación colectiva núm. 154*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312299:NO
- OIT. (1989). *Estudio general sobre la protección de la vejez por la seguridad social*. Recuperado de <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>
- OIT. (1991). *Administración de la seguridad social*. Ginebra: Autor.
- OIT. (1994). *Estudio general de libertad sindical y la negociación colectiva*. Ginebra: Autor.
- OIT. (1995). *Seguridad social: guía de educación obrera*. Ginebra: Autor.
- OIT. (1996). Comité de Libertad Sindical. *Recopilación CLS de 1996*. Ginebra: Autor.
- OIT. (2002). *Seguridad social: un nuevo consenso*. Ginebra: Autor.
- OIT. (2005). *Replanteamiento de la seguridad social: la reforma de las pensiones en América Latina*. Recuperado de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075292/lang--es/index.htm
- OIT. (2011). *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Informe de la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones*. Recuperado de http://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/conference-documents/WCMS_SECSOC_22400/lang--es/index.htm
- OIT. (2016). Instrumentos. Recuperar http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO
- Ordóñez Barba, G. (2002). El Estado de bienestar en las democracias occidentales: lecciones para analizar el caso mexicano. *Región y Sociedad*, XIV(24), 99-145.
- Ormerod, P. (1994). *Por una nueva economía*. Barcelona: Anagrama.
- Pachón, C. (2009). *Diccionario de la seguridad social*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

- Paredes, C. (2008). Las 26 reformas de la Constitución. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/on-line/articulo/las-26-reformas-constitucion/93808-3>
- Pareja, J. (2010). *Aumenta la pobreza en Chile 2010. El viejo dilema de cañones por panes*. Recuperado de <http://cienciaeconomica.blogspot.com/2010/07/aumenta-la-pobreza-en-chile-2010-el.html>
- Pineda, J. (2008). Informalidad y calidad del empleo. En C. López, L. López, J. Pineda y S. Vanegas (eds.), *Vías y escenario de la transformación laboral: aproximaciones teóricas y nuevos problemas* (pp. 281-306). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Piñacué, J. y Rojas, H. (2004). *Ponencia Senado Proyecto Legislativo número 11 de 2004 Senado, 034 y 127 acumulado Cámara*, “Por el por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. Bogotá: *Gaceta del Congreso* No. 793, 6 de diciembre de 2004.
- Podetti, H. (1997). Los riesgos sociales. En N. de Buen y E. Morgado (coords.) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 647-656). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Presidencia de la República. (1990). *Decreto 468 de 1990*, “Por el cual se reglamentan las normas correspondientes a las cooperativas de trabajo asociado contenidas en la Ley 79 de 1988 y se dictan otras disposiciones sobre el trabajo cooperativo asociado”. *Diario Oficial*, febrero 23 de 1990.
- Presidencia de la República. (1993). *Decreto 663 de 1993*, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 40.820, abril 5 de 1993.
- Presidencia de la República. (2003). *Decreto Ley 2090 de 2003*, “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.262, julio 28 de 2003 de 1993.
- Presidencia de la República. (2011). *Decreto 857 de 2011*, “Por el cual se modifican los regímenes de inversión de los recursos de los fondos de cesantía y los de los fondos de pensiones obligatorias, bajo el Título 12 del Libro 6 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 y se modifica el artículo 2.6.11.1.17 del Título 11 del Libro 6, de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.021, marzo 24 de 2011.
- Puyo Posada, J. (2007). *La normatividad laboral en Colombia*. Bogotá: Instituto de Ciencia Política.
- Ramírez Gómez, C. (2001). Desarrollo económico y social en el siglo XX, población e indicadores sociales. En G. Misas Arango (ed.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX* (pp. 481-514). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ramírez, G. (2004). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rawls, J. (1986). *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.

•Bibliografía•

- Rawls, J. (1996). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rengifo, J. (1989). *La seguridad social en Colombia*. 3a ed. Bogotá: Temis.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- Reveiz, A. (2009). Modelo de simulación del valor de la pensión de un trabajador en Colombia. En J. M. Laserna y C. Gómez (eds.), *Pensiones y portafolios. La construcción de una política pública* (pp. 373-397). Bogotá: Banco de la República, Universidad Externado de Colombia.
- Reveiz, A., León, C., Laserna, J. M. y Martínez. I. (2008). Recomendaciones para la modificación del régimen de pensiones obligatorias de Colombia. En Banco de la República (editor de la serie), *Ensayos sobre política económica*, 26(56). Bogotá: Banco de la República.
- Ricossa, S. (2002). Seguridad social. En *Diccionario de Economía*, 3a ed. (pp. 541-546). Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- Roddick, J. (1990). *El negocio de la deuda externa: América Latina y los bancos internacionales*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Rodríguez Mancini, J. (1991). *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. 3a ed. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez Salazar, Ó. (10 de julio de 2010). Sistema de pensiones, peor que el de salud. *UNPeriodico*. Recuperado de <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/sistema-de-pensiones-peor-que-el-de-salud.html>
- Rodríguez Salazar, Ó. (12 de marzo de 2011). Sistema pensional profundiza deuda con la vejez. *UNPeriodico*. Recuperado de <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/sistema-pensional-profundiza-deuda-con-la-vejez-1.html>
- Rodríguez Salazar, Ó. (2001). La difícil consolidación de un Estado de bienestar. En G. Misas Arango (ed.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX* (pp. 203-230). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez Salazar, Ó. (2003). El liberalismo radical y la reforma al sistema de pensiones. En D. I. Restrepo Botero (ed.), *La falacia neoliberal: crítica y alternativas* (pp. 326-346). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, Ó. y Arévalo, D. (1993). *Estructura y crisis de la seguridad social en Colombia 1946-1992*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rojas, H. (2005). *Ponencia para primer debate al Acto Legislativo 11 de 2004 Senado, 034-127 de 2004 Cámara*, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". *Gaceta del Congreso* No. 287, mayo 24 de 2005.
- Roll, D. (2001). *Un siglo de ambigüedad. Para entender cien años de crisis y reformas políticas en Colombia*. Bogotá: Iepri, Cerec.
- Roth Deubel, A. (2007). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. 6a ed. Bogotá: Ediciones Aurora.

- Ruiz Moreno, Á. (2008) La deslaborización del Derecho de la Seguridad Social y su autonomía con respecto del Derecho Laboral. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (7), 211-247.
- Ruiz Moreno, Á. G. (2004). *Nuevo Derecho de la Seguridad Social. 8a ed.* Ciudad de México: Porrúa.
- Ruiz Moreno, Á. G. (2010). *Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía*. Recuperado de <http://aijdtssgc.org/2010/07/01/retos-y-desafios-de-la-seguridad-social-contemporanea-entre-la-realidad-y-la-utopia/>
- Ruiz Moreno, Á. G. (agosto de 2007). *Autonomía del Derecho de la Seguridad Social*. Conferencia presentada en el Seminario internacional Autonomía del Derecho de la seguridad social, jurisdicción y procedimientos especiales, Bogotá, Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), Universidad Externado de Colombia y Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (Codess).
- Ruprecht, A. (1997). Prestaciones económicas vitalicias: pensiones de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia. En N. de Buen Lozano y E. Morgado Valenzuela (coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 703-726). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáchica, C. y Vidal, J. (1991) *La Constituyente de 1991. Tomo 1*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Sáenz, J. (7 de julio de 2010). Lanzas regla fiscal para estabilizar finanzas y alcanzar grado de inversión. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/lanzar-regla-fiscal-estabilizar-finanzas-y-alcanzar-gra-articulo-212153>
- Salazar, H. (3 de agosto de 2010). Colombia: el legado económico de Uribe. *BBC mundo*. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/economia/2010/08/100802_colombia_uribe_gobierno_balance_economia.shtml
- Sánchez, G. (1984). Los bolcheviques del Líbano. En Autor, *Ensayos de historia social y política del siglo XX*. Bogotá: El Áncora editores.
- Sánchez, G. y Meertens, D. (1986). *Bandoleros, gamonales y campesinos. El caso de la violencia en Colombia*. Bogotá: El Áncora editores.
- Sanguinetti, J. J. (2000). *Lógica. 5a ed.* Pamplona: Eunsa.
- Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 3a ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. (2010). *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. (Tesis doctoral inédita). Universidad Carlos III, Madrid, España.

•Bibliografía•

- Sarmiento, L. (1995). Reformas y desarrollo social en los noventas. En F. Leal Buitrago (comp.), *En busca de la estabilidad perdida: actores políticos y sociales en los años noventa* (pp. 303-331). Bogotá: Tercer Mundo Editores, Iepri, Fescol.
- Schmidt-Hebbel, K. (28-30 de abril de 1999). *América Latina. La revolución de pensiones: revisión de enfoques y experiencia*. Ponencia presentada en la Conferencia anual del Banco Mundial sobre desarrollo económico (ABCDE), Washington.
- Searle, J. R. (1990). *Actos del habla. Ensayos de Filosofía del Lenguaje*. Madrid: Cátedra.
- Searle, J. R. (2000). *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona: Ediciones Nobel.
- Sen, A. (2006). *Desarrollo y libertad. 8a ed.* Bogotá: Planeta.
- Silva Romero, M. (2005). *Flujos y reflujos. Proyección de un siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia. 3a ed.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Silva Romero, M. (ed.) (2006). *Derribando los obstáculos del Derecho Laboral*. Bogotá: Equipo Jurídico CUT, CTC.
- Silva, C. (2003). *Garantía de pensión mínima en Colombia: el efecto de la volatilidad del retorno de la cuenta de ahorro individual*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Solano, J., Cárdenas, C. y CID. (12 de abril de 2009). Financiarización, origen de la crisis económica mundial. *UNPeriódico*. Recuperado de <http://www.unperiodico.unal.edu.co/en/dper/articulo/financiarizacion-origen-de-la-crisis-economica-mundial.html>
- Stallings, B. (1998). La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural. En S. Haggard y R. Kaufman (comps.), *La política de ajuste económico: las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado* (pp. 59-117). Bogotá: Cerec.
- Stiglitz, J. y Orszag, P. (1999) *Un nuevo análisis de la reforma de las pensiones: diez mitos sobre los sistemas de seguridad social*. Washington: Banco Mundial.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (1996) *Circular Externa 007*, Bogotá.
- Tamburi, G. (noviembre de 1989). *Reflexiones irreverentes sobre la seguridad social en América Latina*. Conferencia presentada en la reunión del Comité Permanente Interamericano de Seguridad Social, San José.
- Thompson, L. (29 de junio-1 de julio de 1998). *Más vieja y más sabia: la economía de las pensiones públicas*. Conferencia presentada en la Reunión de la Conferencia de Estocolmo "Futuro de la seguridad social". Estocolmo, Federación de las Oficinas del Seguro Social.
- Torres, H., Colorado, D. y Rojas, P. (2010). *Sistema de Seguridad Social. Ley básica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Tortuero Plaza, J. L. (1997). Prestaciones económicas de la seguridad social: incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia. En N. de Buen y E. Morgado (coords.) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 695-701). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- UNRadio. (20 de septiembre de 2012). Beneficios económicos periódicos. [Episodio de radio]. En UN Análisis, *Jueves de Economía*. Recuperado de <http://unradio.unal.edu.co/nc/detalle/cat/un-analisis/article/beneficios-economicos-periodicos.html>
- UNRadio. (24 de marzo de 2011a). Reforma integral para el sistema de pensiones. [Episodio de radio]. En UN Análisis, *Jueves de Economía*. Recuperado de <http://unradio.unal.edu.co/nc/detalle/cat/un-analisis/article/reforma-integral-para-el-sistema-de-pensiones.html>
- UNRadio. (30 de junio de 2011b). Regla fiscal. [Episodio de radio]. En UN Análisis, *Jueves de Economía*. Recuperado de <http://unradio.unal.edu.co/detalle/cat/un-analisis/article/regla-fiscal.html>
- Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2008). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. En E. Ferrer y A. Zaldívar (coords.). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo IV. Derechos Fundamentales y tutela constitucional* (pp. 37-64). Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Uribe, M. y Vargas, G. (2004). Ponencia para segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo 11 de 2004, “Por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. *Gaceta del Congreso* No. 793, diciembre 6 de 2004.
- Uribe, M., Vargas, G., Figueroa, N., Rojas, H., Piñacué, J. (2004). *Ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 11 de 2004 Senado, 034 de 2004 Cámara acumulado con el proyecto de Acto Legislativo 127 de 2004 Cámara, “Por medio del cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política”*. Bogotá: *Gaceta del Congreso* 739, noviembre 23 de 2004.
- Urrutia Montoya, M. (1969). *Historia del sindicalismo en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Urrutia, M., Rodríguez, D., Rodríguez, C. y Sánchez, J. (2010). *Reforma de derechos sindicales y desarrollo*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Valverde, M. y García, J. (dirs.). (2008). *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi.
- Van der Wee, H. (1997). *Prosperidad y crisis: reconstrucción, crecimiento y cambio, 1945-1980. Vol. I*. Barcelona: Folio.
- Vanegas Castellanos, A. (1997). *Teoría y práctica de la seguridad social*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

•Bibliografía•

- Velásquez, M. y Cañón Sarmiento, C. (2009). Flexibilización, pauperización: algunas distinciones legales e ilegales. En C. Rodríguez Mejía y J. Romero Pérez (comps.), *Derribando los obstáculos al Derecho Laboral, Vol. II*. Bogotá: CUT, CTC.
- Villatoro, P. (2005). *Los programas de protección social asistencial en América Latina y sus impactos en las familias. Algunas reflexiones*. Recuperado de http://dds.cepal.org/eventos/presentaciones/2005/0628/Pablo_Villatoro.pdf
- Von Mises, L. (1993). *Política económica*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Weber, M. (1977). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Williamson, J. (1990). What Washington Means by Policy Reform. Latin American Adjustment: How Much Has Happened? Washington: Instituto de Economía Internacional.
- Zachert, U. (2005). Informe alemán. En A. Marzal (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social comparado*. Barcelona: Universidad Ramón Llull.
- Zuluaga, Ó. (2009). *Exposición de motivos. Proyecto de reforma financiera*. Recuperado de <http://www.amvcolombia.org.co/attachments/data/2007091494851.pdf>



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en noviembre de 2016, impreso en papel propa-
libros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

El presente libro no pretende ser un manual de seguridad social, sino una investigación que enfrenta la siguiente pregunta: ¿han perdido los trabajadores colombianos sindicalizados su poder de negociación frente a la posibilidad de pensionarse con sustento en la Cláusula Convencional dadas las medidas nugatorias al respecto contenidas en la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005? La respuesta a esta cuestión pasa por un análisis epidisciplinar (un enfoque horizontal de relación entre conocimientos de varias fuentes o entornos epistémicos sin partir del supuesto de alguna jerarquía epistemológica particular) porque el tema de pensiones es un área de estudio que ha sido abordada por el derecho, la economía, la sociología, la ciencia política, entre otras, siempre desde referentes privativamente monodisciplinarios.

En contraste, lo que se presenta ahora al lector es una perspectiva de la correlación entre la institución pensional como medio de contención social y las fuerzas sociales –algunas particularmente organizadas en los Sindicatos– que empujan la elección entre opciones alternativas de interés para las partes. Naturalmente, existe cierto sesgo jurídico en el trabajo pero, resulta una premisa convergente para la investigación partir de la confluencia creciente entre disciplinas (sin prescindir de sus especificidades aunque sin poder sumergirse completamente en ellas).

Específicamente el trabajo inicia abordando el problema de la equivocidad conceptual respecto del concepto de pensión; después hace un barrido histórico-conceptual del origen, fundamento y clasificación del instituto pensional, así como de la relación sociológica, política y económica de las pensiones y el sindicalismo en Colombia. Aborda el problema de la negociación colectiva en el marco del bloque de constitucionalidad y la antinomia originada con la sanción del Acto Legislativo 01 de 2005, y la jurisprudencia que le respalda, más una alternativa de solución a la misma.

