

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA PENSIÓN DESDE UNA
ÓPTICA DE FUNDAMENTALIDAD. UNA VISIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA
CON PRESTACIONES DEFINIDA DESDE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA LEY
100 DE 1993**

CHRISTIAN FELIPE MOROS MUÑOZ

JUAN GUILLERMO VARGAS GARCÍA

STEVEN BETANCUR ARCILA

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
ENVIGADO

2016

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA PENSIÓN DESDE UNA
ÓPTICA DE FUNDAMENTALIDAD. UNA VISIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA
CON PRESTACIONES DEFINIDA DESDE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA LEY
100 DE 1993**

Presentado por:

CHRISTIAN FELIPE MOROS MUÑOZ
JUAN GUILLERMO VARGAS GARCÍA
STEVEN BETANCUR ARCILA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

ABOGADO

Asesor:

RAFAEL ALEJANDRO BETANCURTH

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
ENVIGADO

2016

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Envigado, julio de 2016.

Dedicatoria

A todos aquellos que de una u otra manera nos apoyaron y acompañaron en este esfuerzo académico, en procura de lograr nuestros sueños...

En especial a nuestras familias, quienes con su aliento constante permitieron que esta meta fuera alcanzada.

CONTENIDO

	Pág.
<i>RESUMEN</i>	15
<i>ABSTRACT</i>	16
<i>INTRODUCCIÓN</i>	17
<i>1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL BAJO UN ENFOQUE PENSIONAL</i>	21
1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL.....	21
1.2. ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA	23
1.3. MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO DE AMÉRICA LATINA	28
1.4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 100 DE 1993.....	29
1.5. UNA MIRADA DOCTRINAL AL SISTEMA PENSIONAL EN AMÉRICA LATINA	31
<i>2. CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS PENSIONALES EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO COMPARADO</i>	36
2.1. EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO	36

2.1.1. El derecho a la pensión, establecido jurisprudencialmente como un derecho fundamental	36
2.1.2. Régimen solidario de prima media con prestación definida.....	40
2.1.3. La teoría de los derechos adquiridos desde la pensión	40
2.1.4. La protección pensional	42
2.1.5. Posición de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de progresividad al ámbito de la seguridad social.....	44
2.1.6. El principio de progresividad pensional según el Consejo de Estado	56
2.1.7. Principio de progresividad pensional y su armonización con la Constitución Política Colombiana	58
2.2. EL SISTEMA PENSIONAL EN EL DERECHO COMPARADO	64
2.2.1. Chile.....	64
2.2.2. España.....	66
2.2.3. Francia.....	70
3. PROBLEMÁTICAS DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL MARCO DEL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO	73
4. CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA.....	89

GLOSARIO

ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES - AFP: Son las entidades encargadas de administrar los recursos de los afiliados que hacen sus aportes a pensiones dentro del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad – RAIS, contemplado en la Ley 100 de 1993 (Colfondos, 2016).

APORTES VOLUNTARIOS AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS: Son los aportes que se hacen adicionalmente a los establecidos como obligatorios. Los aportes adicionales son consignados en la cuenta de ahorro individual que tiene el cotizante en su Fondo de Pensión, aumentando así su capital. Esto permite al ahorrador obtener una mesada pensional más alta, así como la posibilidad pensionarse de manera anticipada, además de obtener exenciones tributarias (Colfondos, 2016).

AUTOLIQUIDACIÓN DE APORTES: Se trata de aquel monto de dinero a pagar a cargo del empleador o trabajador independiente por concepto de pensión, salud y riesgos profesionales – según corresponda- el cual fue determinado por el mismo responsable del pago, es decir, de forma unilateral (Colfondos, 2016).

BONO PENSIONAL: Son los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones y representan los tiempos de cotización o de servicios anteriores al traslado al Instituto de Seguros

Sociales o a las administradoras de fondos de pensiones. Los Bonos Pensionales emitidos por la nación son títulos de Deuda Pública Interna (Colfondos, 2016).

BRECHA PENSIONAL: Es la diferencia entre el salario que se devengaba como empleado y el monto de la pensión que se recibe como jubilado. En el Régimen de Prima Media, para disminuir la brecha las personas deben cotizar un número de semanas que supere el mínimo legal para acceder a la prestación económica. De otro lado, en el Régimen de Ahorro Individual se brinda la posibilidad al trabajador de hacer aportes adicionales a su pensión obligatoria, para que al momento de jubilarse el ingreso sea mayor y la brecha pensional no impacte negativamente en su economía (Colfondos, 2016).

CESANTÍAS: Es un ahorro generado por el trabajador equivalente a un salario por cada año efectivamente laborado, que en principio sólo puede ser retirado en el momento en que éste queda cesante, con el fin de que pueda solventar sus gastos mientras encuentra un nuevo trabajo. Las cesantías son consignadas directamente por el empleador al trabajador en un fondo de cesantías. Pueden retirarse excepcionalmente con el fin de financiar vivienda o educación (Colfondos, 2016).

CONTRIBUCIONES SOCIALES: Son los aportes que hace el trabajador y el empleador para garantizar la seguridad social del empleado en el Sistema General de Seguridad Social Integral y en el Sistema General de Pensiones (Colfondos, 2016).

COTIZAR: Se refiere a los aportes que obligatoriamente hace un trabajador al Sistema General de Seguridad Social Integral (Colfondos, 2016).

COTIZANTE: Es la persona que hace aportes tanto en el Sistema de Seguridad Social Integral como en el Sistema General de Pensiones. En el caso de las pensiones, un cotizante realiza aportes en cualquiera de los dos regímenes. Existen dos tipos de cotizantes: los obligatorios por disposición legal y los que voluntariamente lo realizan sin estar obligados a ello (Colfondos, 2016).

IBC - INGRESO BASE DE COTIZACIÓN: Corresponde a la base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones. En ningún caso puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a 25 salarios mínimos legales vigentes (Colfondos, 2016).

IBL - INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN: Promedio de los salarios o cuotas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión (o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia). Es actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. En el caso de los afiliados beneficiarios del Régimen de Transición que les falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, el IBL corresponde al promedio de lo cotizado durante el tiempo que les hace falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho (o el cotizado durante todo el

tiempo si éste fuera superior), actualizado con base en la variación del IPC certificado por el DANE (Colfondos, 2016).

MULTIFONDOS: Sistema que busca brindarle a los afiliados de fondos de pensiones obligatorias opciones de acuerdo a su plazo de inversión, a su edad y a su perfil de riesgo, para que así puedan escoger cómo quieren dinamizar la inversión de sus aportes a pensión obligatoria. Consiste en crear cuatro tipos de fondos dentro de las AFP, que se basan en el perfil de riesgo y la edad del afiliado: en etapa de acumulación, los fondos de Mayor Riesgo, Moderado y Conservador y en etapa de desacumulación el fondo de Retiro Programado (exclusivo para pensionados y sus sobrevivientes) (Colfondos, 2016).

PENSIÓN: Renta que se paga mensualmente a los trabajadores dependientes, de los sectores público o privado, o independientes, previo el cumplimiento de los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o de cotización que establece la legislación vigente al momento de adquirir el derecho a la misma (Colfondos, 2016).

PENSIÓN DE INVALIDEZ: Esta clase de pensión es otorgada cuando el trabajador ha perdido no menos del 50% de su capacidad laboral, pero no por enfermedad laboral, ni de forma intencionada. El empleado debe tener por lo menos 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al hecho de su invalidez. El monto recibido depende de la gravedad de la lesión (Colfondos, 2016).

PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA: Pensión otorgada a los familiares del empleado que fallece. El empleado debe tener mínimo 50 semanas cotizadas antes de la muerte en los últimos tres años. Si ya estaba pensionado, los herederos por ley reciben el 100% de la pensión, mientras que si el empleado aún estaba aportando, solo reciben el 45% de la cotización, aumentando el 2% por cada 50 semanas después de las 500 primeras, sin sobrepasar en el monto otorgado del 75%. Los beneficiarios son el cónyuge supérstite con mínimo cinco años de convivencia, hijos menores de 18 años o menores de 25 años que estén estudiando, hijos inválidos, padres y hermanos inválidos del empleado en caso de que estos dependieran económicamente de él (Colfondos, 2016).

PENSIÓN DE VEJEZ:

Pensión otorgada cuando el empleado ha cumplido con el número necesario de semanas cotizadas y tiene la edad para jubilarse. En el 2012, las semanas necesarias para pensionarse son 1225 y la edad es de 55 años si es mujer y de 60 años si es hombre. Sin embargo, a partir del 2014 la edad será de 57 años para mujeres y de 62 para los hombres y desde 2015 el número necesario de semanas será de 1300. En el caso del Régimen de Ahorro Individual, para que el trabajador reciba su pensión debe tener un capital superior al 110% del salario mínimo vigente a la expedición de la ley 100 de 1993, con el reajuste anual de acuerdo al Índice de Precios del Consumidor (Colfondos, 2016).

PENSIÓN OBLIGATORIA: Es el aporte que por ley deben hacer los trabajadores para garantizar su seguridad social. El empleado debe hacer un ahorro del 16% de su salario, sobre el

cual su empleador debe dar el 75% del monto y el empleado el 25% restante. En caso de que la persona sea un trabajador independiente debe hacer la totalidad del aporte (Colfondos, 2016).

PENSIÓN VOLUNTARIA: Ahorro constituido por aportes voluntarios de una afiliado a un Fondo de Pensiones Voluntarias que suma al monto de la pensión obligatoria. Los aportes a pensiones voluntarias son una solución a la brecha pensional. Estos recursos pueden ser utilizados para hacer realidad las metas del trabajador, como vivienda, educación, carro o lo que desee y esté dispuesto a conseguir a través del ahorro (Colfondos, 2016).

RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - RAIS: Régimen que está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, con el fin de otorgar unas prestaciones que dependen del monto que los afiliados tengan en su Cuenta de Ahorro Individual. Es uno de los regímenes mediante el cual se pueden cotizar pensiones y es administrado por las AFP, que son entes privados. Los afiliados a este régimen no tienen las restricciones de ley para pensionarse (semanas cotizadas y edad), sino que su pensión depende del capital ahorrado a lo largo de su vida laboral. Estos recursos deben ser superiores al 110% del salario mínimo vigente a la fecha de la expedición de la Ley 100 de 1993 con el respectivo ajuste según la variación del IPC. Además este régimen ofrece la posibilidad de hacer aportes adicionales para incrementar el ahorro para la pensión (Colfondos, 2016).

RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA: Régimen en el que los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización previamente

definidas, de acuerdo con lo establecido en la ley. Es uno de los sistemas para afiliarse a pensiones y es administrado por Colpensiones, antes el Instituto de Seguros Sociales (ISS). En este régimen los recursos de los afiliados van a un fondo común, la mesada pensional depende de las semanas cotizadas y del salario de los últimos 10 años y no es heredable, es decir que en caso de que el afiliado no tenga herederos por ley (esposa, hijos menos, padres que dependan de él) el capital ahorrado no será heredado. No se pueden hacer aportes adicionales, ni anticipar la pensión (Colfondos, 2016).

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: Régimen que cobija a las personas que pertenecían al sistema pensional antiguo y llevaban un periodo largo de tiempo cotizando con el Instituto de Seguros Sociales. Tienen derecho a estar en él quienes al 1 de abril de 1994 (cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993), tuvieran cumplidos 35 años o más en el caso de las mujeres, o 40 años o más en el caso de los hombres, o que hubieran cotizado durante 15 años o más. Estas personas pueden acceder a su pensión de acuerdo a los requisitos exigidos por ley: edad mínima de 55 años para mujeres y de 60 años para los hombres; y tiempo mínimo de cotización de 500 semanas pagadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o tener 1000 semanas de cotización en cualquier momento. El monto de la pensión corresponde al 45% del salario mensual base con un aumento del 3% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500. El salario no puede ser mayor al 90% del salario mensual ni inferior al salario mínimo legal mensual. Tampoco puede ser 15 veces mayor al salario mínimo. Este régimen finalizó el 30 de julio de 2010. El Régimen de Transición seguirá vigente hasta 2014 para los que a la fecha de la entrada en vigencia de la ley tenían al menos 750 semanas cotizadas y que hoy en día no se hayan pasado a otro régimen (Colfondos, 2016).

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES: Tiene la función de velar por el bienestar del trabajador cuando su vida laboral termine, ya sea por jubilación, invalidez o en caso de que el empleado fallezca para proteger a su familia. Funciona mediante el Régimen de la Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual (Colfondos, 2016).

RESUMEN

El propósito de la presente monografía consiste en analizar las condiciones y dificultades para el logro de la pensión en el régimen de prima media en el marco del Sistema General de Pensiones en Colombia desde la óptica jurisprudencial; para ello, se parte de la identificación de los antecedentes del sistema de seguridad social bajo un enfoque pensional antes y después de la Ley 100 de 1993; a su vez, se determinan las características de los sistemas pensionales en Colombia y en el derecho comparado (Chile, España y Francia); y finalmente, se identifican las dificultades que ha tenido el régimen de prima media en el marco del sistema pensional colombiano. Este es un estudio que resulta evidente en la medida en que el sistema pensional colombiano se encuentra, además de colapsado, con dificultades de acceso, con barreras que obstaculizan e impiden el acceso a una pensión, sobre todo para determinados sectores de la sociedad.

Palabras clave: Sistema general de pensiones, crisis pensional, Ley 100 de 1993, bloque de constitucionalidad, régimen de prima media, principio de progresividad.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the conditions and difficulties in achieving pension in the average premium rate under the General Pension System in Colombia from the jurisprudential perspective; for this, it is part of the identification of the background of the social security system under a pension approach before and after Law 100 of 1993; in turn, the characteristics of pension systems in Colombia are determined and comparative law (Chile, Spain and France); and finally, the difficulties encountered by the average premium regime under the Colombian pension system are identified. This is a study that is evident to the extent that the Colombian pension system, in addition to collapsed located, with access difficulties with barriers and prevent access to a pension, especially for certain sectors of society.

Keywords: *general pension system, pension crisis, Law 100 of 1993, block of constitutionality, half raw, principle of progressivity.*

INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que Colombia atraviesa por una crisis en materia de pensiones; en otras palabras, el actual sistema pensional colombiano ha colapsado, lo que demuestra que las políticas públicas diseñadas para este sector han estado mal enfocadas, especialmente desde la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que determina, de antemano, que los problemas se seguirán presentando en el futuro inmediato y mediano.

Los numerosos tránsitos legislativos a los que ha estado sometido el Sistema General de Pensiones en Colombia en los últimos años, en especial las modificaciones introducidas en materia de edad, monto y semanas de cotización como requisitos indispensables para acceder a una pensión de vejez, observados desde la óptica de los principios y garantías estipulados en nuestro ordenamiento jurídico, han hecho que surja la pregunta acerca de la efectividad de dichas modificaciones, las cuales parecieran ir en contravía del principio de progresividad pensional.

De manera específica, tal y como sostiene Sánchez (2008), el análisis de los problemas del sistema pensional colombiano no es solamente un problema económico, son problemas que deben pensarse desde varias perspectivas, que tomen en cuenta la interdisciplinariedad y complejidad propia de los grupos sociales. De igual modo, la solución tampoco es simplemente económica, se debe dar un cambio cultural en la sociedad para cambiar el modo de ver situaciones como la vejez y la enfermedad, garantizar la inclusión de ciertos sectores poblacionales en las actividades de la sociedad, incluirlos en el mercado de trabajo, mejorar su

calidad de vida, brindar posibilidades de ocupación, es decir, el bienestar y la calidad de vida no se debe pensar únicamente en términos económicos, es mucho más que eso, no obstante, representa un punto de partida pero no debe ser la panacea.

Precisamente, en el presente estudio se analiza la situación del régimen pensional en Colombia, como un problema importante que enfrenta la sociedad y en particular las personas de edad avanzada, pero teniendo en cuenta que la pensión y los ingresos en la vejez son sólo un aspecto de un problema diverso y amplio.

El tema de la crisis pensional es un tema de vieja data. Así por ejemplo, en la publicación de Rosas (2000), se evalúa el futuro de las pensiones en Colombia, haciendo énfasis en el funcionamiento de la prima media y la forma como el gobierno debe asumir esta crisis pensional que se avecina; esta publicación evidencia cómo, a siete años de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, ya se veía venir una crisis en el sistema pensional colombiano y cómo a su vez haría imposible que la gran mayoría de colombianos pudiesen llegar a obtener una pensión.

Para Borrero (2005), resulta evidente que la Supervisión de las administradoras del régimen de prima media en Colombia ha contribuido a la consolidación de nuestro régimen pensional y a la legitimación del sistema. En efecto, el haber previsto la supervisión especializada para estas entidades de manera simultánea al nacimiento del nuevo régimen privado de ahorro individual, dotó al supervisor de una visión universal y consolidada del sistema que ha permitido contribuir a la armonización de normas y procedimientos. De otro lado, el haber introducido estándares del sector privado a entidades públicas ha presionado de manera sustancial al cambio de cultura

gerencial de estas entidades en donde en otros tiempos primaron conceptos diferentes a una gestión con resultados que busque la sostenibilidad y viabilidad financiera de las mismas empresas y del sistema. Igualmente el aplicar criterios técnicos por parte del supervisor ha permitido un seguimiento más cuidadoso y objetivo en la prestación de los servicios a los usuarios y clientes de tales instituciones.

Aunque la jurisprudencia sobre la materia, en especial aquella emanada de la honorable Corte Constitucional en cumplimiento de su función como salvaguarda de la Carta Política, tímidamente ha reconocido la inmutabilidad de las condiciones estipuladas en el régimen de prima media en materia pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, la falta de una posición coherente y fundamentada sobre la naturaleza de éste, ha ocasionado que leyes posteriores por lo general menos favorables, traten de modificarlo, sin tener en cuenta los eventuales derechos de quienes cumplieron los requisitos para ser beneficiarios del mismo; por ello resulta de suma importancia el desarrollo de investigaciones que le brinden la posibilidad al individuo ya sea a nivel individual, social o académico, de obtener un conocimiento por lo menos básico sobre este tema; pues se hace urgente el establecimiento de una adecuada cultura jurídica, que exhorte al ciudadano a tomar parte activa sobre las decisiones que lo afectan.

Por esta razón, de modo general consideramos que esta investigación, podría, no solo ayudar a dilucidar una cuestión meramente académica contribuyendo de alguna forma a solucionar los debates que se han suscitado frente a la naturaleza del régimen de prima media en materia pensional en nuestro país; sino que además la información recogida en este trabajo, puede convertirse eventualmente en un valioso aporte para el proceso de divulgación, y protección de

los intereses ciudadanos, pues son estos últimos, en su papel de destinatarios de la norma, los directamente afectados con las cada vez mas frecuentes reformas normativas; mas aún en el ámbito de la seguridad social y en particular en el sistema general de pensiones en el cual las novedades legislativas además de estar a la orden del día, parecen responder a un patrón común: ir en detrimento de los beneficios establecidos previamente a favor de los ciudadanos.

En efecto, creemos que el mayor aporte que podemos brindar con este proceso investigativo a la sociedad, radica en el hecho de crear a partir del conocimiento de una situación que nos afecta a todos, una conciencia crítica sobre sus aspectos teóricos y prácticos, no solo en las personas que están vinculadas de manera directa con el derecho, sino además en la comunidad en general, pues la ilustración es el primer paso para salvaguardar los intereses tanto individuales como colectivos y por ende constituye el soporte de una sociedad justa y ordenada.

Es en este sentido donde mayor relevancia reviste nuestra investigación, al analizar y difundir un conocimiento eminentemente teórico para luego confrontarlo con la realidad, pues consideramos que la investigación que busque examinar un fenómeno únicamente en sus aspectos teóricos, por importante que este sea, se quedaría en la simple abstracción y se tornaría infértil.

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL BAJO UN ENFOQUE PENSIONAL

1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

De acuerdo con la investigación de Bedoya, Jiménez y Vahos (2011), se debe aclarar que el término “seguridad social” encierra varios sentidos: a veces se lo utiliza con relación a la política social empleada por un Estado; en otras ocasiones y de una manera más amplia, para exponer las formas de protección del bienestar y la satisfacción de las necesidades sociales habituales a una población determinada; y en otras, de manera restringida, para referir la previsión de los riesgos que puede experimentar una población económicamente activa en cada una de las fases de su vida.

Relacionada con lo político, la seguridad social constituye un fin en sí misma, como cuando afecta positivamente una sociedad entera y determina el cumplimiento de una de las funciones básicas del Estado, tal como el bienestar general y la consecuente calidad de vida de sus asociados; su razón de ser, da a los individuos y a sus familias, la tranquilidad de que sus niveles de vida no sufrirán un menoscabo significativo.

Hoy se le conoce como un derecho de toda persona, adquirido por el solo hecho de vivir en sociedad (iusnaturalismo), y está representado en una serie de normas legales que tienen por objeto la prevención y atención de los riesgos que sean inherentes a la vida misma; tales como la

invalidez, la vejez y la muerte y la efectividad de goces como la salud, la pensión y la tranquilidad de contar con la satisfacción de las necesidades más apremiantes.

Precisamente, la Constitución Política de Colombia la define como un derecho colectivo y un servicio público esencial, que puede ser prestado por el Estado o por los particulares conforme a los principios de universalidad, solidaridad y eficacia.

Si nuestro derecho ha supuesto llevar consigo una política social, la seguridad social sin duda, llega a ser la herramienta más apta para garantizar la calidad de vida digna al conglomerado en general, porque no de otra forma se crearía un impacto inmediato en el bienestar de los ciudadanos para enfrentar riesgos como la enfermedad, la vejez y la muerte, entre muchos otros.

Para Bedoya et al. (2011), dada la importancia de la seguridad social, y considerando que el hombre por el solo hecho de su condición, merece vivir con dignidad, se ha hecho necesario establecer reglas que la hagan efectiva a partir de un compromiso entre el Estado y la sociedad misma. Fue por eso que la Constitución Política Colombiana de 1991 vio necesario establecer como tarea del Estado su participación en la organización, administración y financiación de la prestación de la seguridad social; dejando de lado la concepción benéfica de asistencia pública que regía en nuestro país en los asomos de la seguridad social como prestación por caridad de los servicios a la población de escasos recursos económicos.

1.2. ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

En un Estado Social de Derecho, como lo ha pretendido ser el de Colombia a partir de la Constitución de 1991, la Seguridad Social cobra gran relevancia partiendo de dos conceptos, a saber: por su carácter redistributivo del ingreso y por su propósito de beneficio general. Sin embargo, antes del afianzamiento de tales conceptos, la seguridad social se leía desde otro prisma.

Bajo el primer periodo de la Constitución de 1886, la seguridad social en Colombia estaba orientada a garantizar, aunque de forma muy discriminada, sólo servicios básicos en salud; su prestación dependía de la capacidad de pago de los afiliados al llamado sistema de seguridad social. Se tenía más una concepción asistencialista que de seguridad social como tal, basada en un origen ético, es decir, unos medios operativos inspirados en la beneficencia. Dicha asistencia se fundamentaba en el artículo 19 que establecía que:

La Asistencia Pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otra persona, estén físicamente impedidos para trabajar. La Ley determinará la forma como se preste la Asistencia Pública y los casos en que deba darla directamente el Estado (Constitución de 1886, art. 19).

Para ese entonces, la seguridad social era un servicio sectorial, al cual tenían acceso apenas ciertos grupos de la población. Fue posteriormente, aunque de manera paulatina, cuando se acogió un fundamento jurídico, considerando dicha ayuda como un derecho de las personas, desarrollado a través de mecanismos e instrumentos normativos, apuntando al cubrimiento de las contingencias que concernían a todos los sectores de la población. Ello permitió que al sistema

de salubridad pública se empezaran a añadir ilusiones relacionadas con el régimen de pensiones, aunque igualmente, protegiendo sólo a algunos grupos privilegiados.

Con la Constitución de 1991 se da un gran avance en cuanto al concepto de seguridad social y además de consagrarlo expresamente como un derecho público a cargo del Estado, se abrió la puerta a la creación de procedimientos de autoridad que respondieran a las exigencias apremiantes del interés social. Con esta Carta, se comienza a reconocer el carácter de derecho y de necesidad prioritaria del desarrollo social del país a la Seguridad Social.

El Constituyente entendió que la seguridad social era un derecho de las personas, no supeditado a ninguna otra razón diferente a su condición humana. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-116 de 1993 manifestó que la Constitución de 1991 ha prohiado un avance en cuanto a la Seguridad Social al consagrarla en sentido universal, ya que hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o de la dependencia del trabajador, sino de 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.

El artículo 48 de la Constitución de 1991 estableció lo siguiente:

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 (...) (Constitución de 1991, art. 48).

Según Ríos (2004), esta nueva concepción constitucional de la seguridad social, sirvió de fundamento para que el Legislador comenzara la reestructuración administrativa, operativa y

financiera del régimen de seguridad social reinante en nuestro país. Fue así como mediante la Ley 100 de 1993 o Sistema General de Seguridad Social, se desarrolló el articulado constitucional y se le dio legalmente la concepción exigida a ese derecho, acogiéndolo como un derecho social y económico o prestacional, dentro de una estructura en la que cada persona es titular del derecho irrenunciable a la seguridad social, en la cual se incluyen la salud, el trabajo, y la asistencia para cuando ya se esté vacante, entre otros derechos.

A raíz de ello, la jurisprudencia constitucional ha orientado un pensamiento filosófico sobre las reglas que rigen el nuevo Sistema General de Seguridad Social, ampliando la doble connotación que la Carta entregó al derecho de la seguridad social: la de ser un servicio público y derecho fundamental; al ser un servicio público, la Corte Constitucional, en Sentencia T-110 de 2011, ha establecido que ésta es de carácter obligatorio y debe prestarse “con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado”; y al ser un derecho fundamental es porque es un derecho irrenunciable, que se encuentra en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.

Así las cosas, la naturaleza de servicio público que ostenta la seguridad social en Colombia implica su sometimiento a las directrices que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha celebrado al definir este tipo de prestaciones. Por tanto, y como lo expresa la mencionada corporación:

(i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas (Corte Constitucional, 2011, Sentencia T-110).

De igual manera, el artículo 365 de la Constitución Nacional señala que el propósito social del Estado y de los servicios públicos “son inherentes a la finalidad social de Estado” y, por ende, es deber de la administración “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Ahora, con relación a la connotación de la seguridad social como derecho constitucional, es importante señalar que tal calificación comporta, al menos, tres consecuencias: la primera de ellas es que en concordancia con el carácter de servicio público, se le impone al Estado, en primer lugar, la obligación de satisfacer esta garantía a través de la concesión de prestaciones específicas (derechos subjetivos), en segundo lugar, el diseño de una estructura que establezca las entidades encomendadas de prestar el servicio, en tercer lugar, la delimitación de los procedimientos que se deben seguir para acceder a las prestaciones que el sistema brinda y, finalmente, la provisión de los fondos económicos que garanticen su adecuado funcionamiento.

Y en segundo término, la ubicación de la seguridad social como derecho constitucional implica que su interpretación se realice de acuerdo “con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” tal y como lo establece el artículo 93 de la Constitución Nacional. De esta manera, el contenido y alcance de este derecho se sostiene de los esquemas de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, de las observaciones y recomendaciones generales que se han emitido por parte de los órganos de supervisión de las convenciones internacionales sobre el tema, entre otros instrumentos y documentos importantes y/o vinculantes.

De igual forma, ha reconocido el avance que la jurisprudencia nacional adoptó en cuanto a ese derecho, al consagrarlo en sentido amplio a favor de toda la población colombiana. Así escribió en el año 1994, refiriéndose al estudio de la constitucionalidad de gran parte de la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

De manera amplia la Constitución Política de 1991, a diferencia del régimen constitucional anterior, se ocupa en forma expresa de la seguridad social. En la Carta de 1886, sólo en amparo bastante limitado, se disponía expresamente el derecho a la llamada entonces asistencia pública, consagrada en su artículo 19. Hoy por el contrario la preceptiva es extensa y omnicomprendiva. La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiéndose por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio. Desde el artículo 1o, la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir (...) (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-408).

Fue así como se orientó una nueva interpretación de lo que se concebía como seguridad social; pues desarrollando todos estos principios, se determinan los contenidos de esta misma, tales como: la protección de la población a través de asistencia a la familia, a la mujer durante el embarazo y después del parto, el cuidado de la infancia, la protección de la tercera edad y entre muchas otras, la de las personas discapacitadas física, psíquica y sensorialmente.

1.3. MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO DE AMÉRICA LATINA

Según Sarmiento, citado por Arbeláez (2006), la seguridad social es el “conjunto de medios de protección institucional frente a los riesgos que atenten contra la capacidad y oportunidades de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna” (p. 167). Específicamente, por sistema de seguridad social se entiende el conjunto de normas, procedimientos e instituciones que tienen por finalidad materializar el derecho a la Seguridad Social Integral de toda la población. Este conjunto de medios de protección institucional puede adoptar diversas formas de organización y fundamentos éticos.

Philippe Van Parijs, citado por Alonso y Giraldo (2001), distingue tres modelos ideales de Estado de bienestar o sistemas de transferencias sociales o modelos de seguridad social. Tales sistemas son: el «bismarckiano», el «beveridgeano» y el «paineneano». Ya que son modelos ideales, ninguno de los sistemas de seguridad social existentes, responden en forma pura a alguno de ellos.

En el modelo «bismarckiano», los trabajadores renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus remuneraciones presentes, para constituir un fondo que se utilizará para cubrir cuando tengan necesidad los gastos de atención de su salud, para suministrarles un ingreso cuando no puedan trabajar, ya sea porque pasaran cierta edad, tuvieran un accidente, enfermedad o se vieran afectados por desempleo involuntario (Alonso y Giraldo, 2001, p. 156).

Este tipo de sistemas extiende su cobertura básicamente sobre trabajadores y algunos de sus dependientes, se financia a través de aportes de empleadores y trabajadores, y los beneficios a los que se accede deben corresponderse con el nivel de aportes pagados.

En el modelo «beveridgeano», todos los titulares de ingresos primarios (del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir a un fondo que

suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, incluida la prima de seguro de salud, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte insuficiente (Alonso y Giraldo, 2001, p. 156).

Por último, en el modelo «paineneano», todos los titulares de ingresos renuncian obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad.

Ahora bien, como podemos darnos cuenta, el Sistema de Seguridad Social colombiano, introducido por la Ley 100 de 1993, tiene rasgos propios del modelo «beveridgeano», pues está altamente regulado por el Estado y hay un fuerte componente de solidaridad.

1.4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 100 DE 1993

Hasta 1991 en Colombia la intervención estatal en materia de asistencia sanitaria se estructuró bajo la lógica del subsidio de la oferta, es decir, el Estado financiaba una red pública de centros asistenciales de salud para que dichos centros prestaran a quien lo necesitara asistencia gratuita (subsidio total) o a muy bajo costo (subsidio parcial).

Este modelo condujo a bajos niveles de cobertura y la mala calidad de los servicios; y como consecuencia de ello, una de las tareas que hacía parte de la agenda pública a principios de la década de los noventa era la reforma del sistema de salud, que se concretó con la adopción de la

Ley 100 de 1993, la cual en adelante invertirá totalmente el esquema, pasando de un sistema basado en el subsidio a la oferta a uno basado en el subsidio a la demanda.

Las reformas del Estado adelantadas en Colombia durante la década de los noventa se fundamentan en extender el diagnóstico general de la crisis del Estado de Bienestar a estas latitudes, cuando dicho concepto se corresponde con la situación norteamericana y europea de los años setenta. En otras palabras, se procedió a desmontar un modelo de Estado de bienestar que nunca se tuvo, sin haber recibidos los beneficios del mismo. Pasamos a focalizar el gasto social, sin haber tenido políticas sociales universales.

Lo anterior explica, en parte, que la Asamblea Constituyente de 1991 tomara la decisión de privatizar la prestación del servicio de salud, vinculada con una perspectiva neoliberal que se impuso en la prestación de servicios. Sin embargo, al mismo tiempo, se declaró la universalidad del acceso a los servicios de la salud, constituyéndose en el principal objetivo del Sistema de Seguridad Social en Salud adoptado mediante la ley 100 de 1993.

Según Arrieta (2003) el debate se suscitó entre si se debía adoptar un modelo abierto, de mercado, en el que la libre competencia, la libertad de escoger la mejor oferta, asegurara el mejoramiento de la calidad del servicio, o si se debía continuar con el existente en donde el Estado, básicamente por medio de ISS, gozaba de una posición dominante para asegurar la correcta distribución del bien público salud (p. 1753).

El congreso, por tanto, optó por la salida del mercado regulado bajo el esquema de aseguramiento. En todo caso, si bien el mercado y los particulares juegan un papel importante en el Sistema de Seguridad Social en Colombia, la condición de servicios públicos que la Constitución Política de 1991 atribuye al acceso a la seguridad social, en general, implica que,

aún cuando tales servicios puedan ser prestados por particulares orientados por el ánimo de lucro, su actividad estará sometida a la dirección y coordinación del Estado.

1.5. UNA MIRADA DOCTRINAL AL SISTEMA PENSIONAL EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo con Gómez, Duque y González (2010), la consagración de prestaciones económicas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, son el resultado de luchas mundiales por reivindicar los derechos de los trabajadores y de directrices universales fijadas por instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales, fundada el 11 de abril de 1919, en las negociaciones del Tratado de Versalles y de la cual hace parte Colombia desde su creación.

Respecto a la pensión de vejez, el primer convenio de la OIT sobre el seguro obligatorio, fue el número 35 adoptado en la Conferencia 17, celebrada el 29 de junio de 1933, que tuvo en cuenta como sujetos de protección a los asalariados de empresas industriales y comerciales, profesiones liberales, trabajo a domicilio y servicio doméstico, estableciendo que el asegurado tendría derecho a una pensión a la edad que fijará la legislación nacional, sin exceder de los sesenta y cinco años cumplidos. A través del Convenio 36, se extendió el beneficio pensional para los obreros, empleados, aprendices y trabajadores domésticos de empresas agrícolas. Así mismo mediante la Recomendación 143, se fijaron pautas para que en los Estados miembros se

incorporaran seguros de vejez a edades promedios sin exceder los 60 años de edad, teniendo en cuenta las labores desempeñadas y que la remuneración estuviera acorde a la calidad de vida. Posteriormente, el Convenio 102 en 1952, reguló las normas mínimas de la Seguridad Social.

Estas normas internacionales sentaron bases para que en Colombia, se consagrara el derecho a la pensión de jubilación como una prestación a cargo de los empleadores y sujetas al cumplimiento de unos requisitos mínimos para acceder a la prestación, tales como, la edad de 50 años mujer - 55 años hombre y 20 años de servicio prestados de forma continua o discontinua, como se podía observar en el derogado artículo 260 del Código Sustantivo de trabajo adoptado por la Ley 141 de 1961.

Así mismo, en el convenio 128 de 1967, la Organización Internacional del Trabajo, estableció parámetros para el reconocimiento de la pensión de vejez encaminados a concretar las personas cobijadas por la contingencia y señalar la posibilidad de ampliar la edad a los 65 años de acuerdo a criterios demográficos, económicos y sociales soportados en estadísticas, convenio que a su vez fue complemento por la Recomendación 131, orientada a extender el beneficio pensional a todas las personas con empleo ocasional y económicamente activas, reducir la edad para pensionarse de acuerdo a condiciones sociales y garantizar una prestación de vejez para quienes hubieran cumplido un período de veinte años de cotización o de empleo o de quince años de servicio.

En el ordenamiento colombiano, se encuentra la aplicación del Convenio 128 y la Recomendación 131, en el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año,

en el cual se establece que el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales asumiría la carga prestacional de las contingencias de Invalidez, vejez y muerte (IVM) de los trabajadores, estableciendo como condiciones para acceder a la pensión de vejez, las edades de 55 años mujer – 60 años hombre y un tiempo de cotización de 500 semanas en los últimos veinte años anteriores a la solicitud o 1000 semanas en cualquier tiempo (Art. 12). Además, consagró unas pensiones especiales para operadores de radio, cables internacionales, telefonistas, aviadores, mineros de socavones, profesionales y ayudantes de los establecimientos dedicados al tratamiento de tuberculosis, que tenían la posibilidad de disminuir la edad para disfrutar de la pensión de acuerdo al número de semanas cotizadas (Art. 14). Así mismo, garantizó para los asegurados que habiendo cumplido las edades mínimas y se retiraran definitivamente de las actividades sujetas al seguro social sin reunir las semanas, una indemnización en sustitución a la pensión de vejez (Art 13), normas que permanecieron vigentes con pequeñas modificaciones en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Posterior a los citados Decretos, dentro de la legislación interna se presenta una evolución normativa significativa en materia pensional a partir de la Constitución Política de 1991, al consagrarse el derecho a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 48), construcción constitucional, que se constituye en el pilar para la creación de la Ley 100 de 1993, normatividad que organiza la Seguridad Social, como un Sistema Integral, ya que anteriormente las normas sobre Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales se encontraban reguladas de forma aislada.

Dentro de este Sistema de Seguridad Social Integral, se identifica el subsistema General de Pensiones compuesto por las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, que introdujo la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, tal y como lo establece la Ley 100 de 1993, en sus artículos 31 y 59: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. La Corte Constitucional definió en la sentencia C-086-02, el primero, como aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales y el segundo, como aquel basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad.

Respecto a los requisitos para pensionarse por vejez, dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida el artículo 33 original de la Ley 100, prescribía:

Para tener 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 de edad si es hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.

La Ley 100 de 1993, fue modificada en el año 2003 mediante la Ley 797 de 2003 y con relación la pensión de vejez se incrementó los requisitos para prestación, en el artículo 9:

Artículo 33. 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 1o. 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 (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

De la reforma pensional realizada a través de la Ley 797 de 2003, impacta la introducción de dos pensiones especiales en el parágrafo 4° del citado artículo 9:

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 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años 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.

Del análisis normativo anterior, se encuentra que siempre han sido constantes, los requisitos de edad y tiempo, como elementos para definir el derecho prestacional que subsisten incluso en las pensiones especiales del parágrafo 4° de la Ley 797 de 2003, concretamente estas dos exigencias en la pensión por deficiencia física, síquica o sensorial se constituyen en el beneficio pensional al reducirse edad para los hombres y tiempo para hombres y mujer, siempre y cuando se cumplan las condiciones prescritas en la norma.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS PENSIONALES EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

2.1.1. El derecho a la pensión, establecido jurisprudencialmente como un derecho fundamental

En la Carta Política de 1991 se consagraron principios y derechos fundamentales que -según el artículo 4 Constitucional en el que la Constitución es norma de normas- inspiran el funcionamiento y la interpretación del nuevo orden político constituido. El desarrollo y cumplimiento de dichos principios significa el paso de un Estado legislativo (consagrado en la Constitución de 1886) a uno constitucional, y busca la preocupación por la efectividad del verdadero goce y disfrute de todos los derechos consagrados a favor de la población, titular de los mismos.

(...) la acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho (...) (Corte Constitucional, 1998, SU-747).

Gracias a esa nueva forma de gobierno a partir de 1991, cuyo énfasis está en los derechos y libertades fundamentales, según el artículo 48 constitucional se abrieron las puertas a un Sistema de Seguridad Social Integral que busca garantizar el derecho a la Seguridad Social a todos los habitantes del territorio nacional para mejorar su calidad de vida. Este nuevo sistema pretende

acabar con la desigualdad en las oportunidades y en la percepción de beneficios ofrecidos por el sistema anterior.

Un Sistema de Seguridad Social creado bajo los principios estipulados en el artículo 48 de la Constitución Política colombiana, debe asegurar que todos los habitantes del país enfrenten las mismas oportunidades sociales y económicas sin que ninguna de ellas se vea menguada en la materialización de las consecuencias negativas de cualquiera de los riesgos a los que está expuesta la población, tales como la vejez.

Pues la filosofía que implica el modelo de Estado Social de Derecho apunta por el reconocimiento y efectividad no sólo de los derechos subjetivos sino también de los derechos sociales, económicos y culturales, dentro de los cuales se encuentra la Seguridad Social; pues es en ellos donde el Estado se convierte en un mediador e interventor de la vida social y económica de sus ciudadanos para dar desarrollo a los fines esenciales que le fueron impuestos en la norma superior.

Además porque el artículo 2 de la Carta comienza estableciendo que: “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”.

De tal manera que su política debe dirigirse a la totalidad de la población sin exclusión para que puedan verse realizados los principios de Universalidad y Solidaridad que orientan la aplicación del derecho a la seguridad social. El primero, como garantizador de la cobertura del

Sistema General de Pensiones a todas las personas durante toda su vida, y el segundo como la prestación de los más capacitados hacia los más necesitados económicamente.

Inicialmente, la Corte Constitucional clasificó los derechos en razón a los procesos históricos que les dieron origen en:

(i) los llamados Derechos Civiles y Políticos, que buscaban principalmente proteger al individuo en su autonomía, estableciendo obligaciones negativas o de no hacer a los Estados (no detener a una persona arbitrariamente), por dicho carácter negativo se entendió que estos derechos eran totalmente justiciables y exigibles, por ende, fundamentales. De otro lado, (ii) los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se enmarca la seguridad social, que apuntaban a la protección de la sociedad frente a ciertas necesidades y contingencias de la vida humana e imponían a los Estados obligaciones positivas o de hacer (establecer la prestación del servicio de salud para todos los habitantes), implicando estos, entre muchas otras acciones, la asignación de partidas presupuestales para su realización, condición que les situó como derechos prestacionales, programáticos, no justiciables ni exigibles, en consecuencia no fundamentales (Corte Constitucional, 2011, T-334).

Así, en principio se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, por no ser ellos fundamentales;

sin embargo, la Corte Constitucional reconoció que la rigidez de la clasificación presentaba dificultades, estableciendo por ello, excepciones, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’ (Cfr. Corte Constitucional, 1992, T-406; Corte Constitucional, 2010, T-122).

Con todo, el patrón que definía el carácter fundamental de un derecho era el tipo de obligación que imponía al Estado y su clasificación como de primera o segunda generación.

Bajo esa línea argumentativa, la Corte Constitucional ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho, lo otorga su consagración en la Constitución Política Colombiana,

debido a que todos los allí consignados son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda este Estado Social de Derecho, razón por la cual la distinción que otrora se realizó hoy resulta inocua.

El derecho a la seguridad social tiene un fuerte contenido de obligaciones positivas que implantan la responsabilidad en cada Estado de realizar importantes erogaciones presupuestales con el fin de ponerlo en marcha y promover, facilitar y extender su cobertura,

esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan (Corte Constitucional, 2010, T-122).

Así, el artículo 48 de la Constitución colombiana instituyó la obligatoriedad del servicio público de la seguridad social, mandato desarrollado ampliamente en la Ley 100 de 1993 y disposiciones que la complementan y reforman, estableciéndose en estas normas específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a ellas.

En este entendido, creada legal y reglamentariamente la estructura básica del sistema de seguridad social y determinadas las diferentes facetas que desarrollan dicho derecho, se entiende que su protección por vía de tutela se limita al examen de los requisitos generales de procedibilidad de ese mecanismo constitucional.

2.1.2. Régimen solidario de prima media con prestación definida

Definido en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 este régimen tiene correspondencia con el que estaba vigente para el Instituto de Seguros Sociales con modificaciones en cuanto a las cotizaciones y requisitos para obtener la pensión. Se mantuvo como un sistema de reparto simple, es decir, en virtud del cual sus afiliados obtienen la pensión de acuerdo a lo que determine la Ley en cuanto a la edad y semanas cotizadas, independiente de la cuantía de las cotizaciones.

De acuerdo a lo descrito, en este régimen opera la solidaridad intergeneracional, pues los aportes de los afiliados constituyen un fondo común que garantiza el pago de las prestaciones, y con las cotizaciones de los trabajadores que ingresan a la fuerza laboral activa se ayuda al cubrimiento de las pensiones de aquellos que reúnen los requisitos exigidos para obtener su pensión.

Según el tratadista Afanador (1999), el Sistema Pensional, es el régimen indicado para las personas de bajos ingresos, puesto que el acceso a las prestaciones económicas y asistenciales no dependerá de su capacidad económica, sino a la consagración de las mismas en la ley.

2.1.3. La teoría de los derechos adquiridos desde la pensión

La legislación existente sobre la materia además de ser escasa no es explícita al señalar qué debemos entender por derecho adquirido o por lo menos ejemplificar en que eventos se considera

que existe, limitándose única y exclusivamente a consagrar el respeto de las normas frente a los derechos adquiridos con anterioridad a ellas y la excepción a tal principio cuando este de por medio el interés general.

De esta manera, tácitamente el legislador, tal vez obviando el significado de lo que debe entenderse como derecho adquirido, delegó dicha tarea en los operadores jurídicos a quienes corresponderá definir en cada caso concreto si existe o no dicha prerrogativa, lo cual se traduce como es apenas lógico en una cierta inseguridad jurídica sobre el tema.

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de los derechos adquiridos ha sido objeto de múltiples pronunciamientos que comprenden desde nociones clásicas como las de Josserand, Deguit, Lacantiere, Merlin y Paul Roubier, citados por Ocampo y Vargas (2005), hasta modernas teorías como las de Arenas Monsalve y Dueñas Ruiz; entre muchos otros; teorías que dada la gran importancia que reviste esta figura jurídica para la presente investigación serán nuestro objeto de análisis durante este acápite..

De esta manera, para el ilustre jurisconsulto Blondeau, quien fue el primero de los autores clásicos en referirse concretamente a la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas de derecho a partir de lo que el denominó “la esperanza de derecho” (Arango, 1983, p. 186)”, toda ley nueva encuentra al momento de su expedición “esperanzas formadas de acuerdo con una ley antigua, las cuales merecen ciertas consideraciones y no se pueden desconocer sin que se produzca algún mal”, aceptando, eso si, que en algunos casos, dichas “esperanzas” deben ceder ante la utilidad social que pueda reportar la nueva norma, pero advirtiendo que la vulneración de

algunas de ellas, podrían producir inconvenientes mucho mas graves que aquellos que se pretendía evitar con la aplicación inmediata y absoluta de la nueva ley

De acuerdo con lo anterior, este doctrinante, partiendo de la problemática suscitada frente de la relación entre la retroactividad de la norma y los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores, engloba los. Conceptos de derecho y expectativa de derecho en uno solo denominado “esperanza” y reduce el problema planteado como bien lo expone el profesor Colombiano Jorge Valencia Arango (1983), simplemente a la “distinción entre aquellas esperanzas que no deben ser desconocidas ni violadas y aquellas que solo tienen una importancia pequeña en comparación con los motivos poderosos que imponen la inmediata reforma legislativa” (p. 187), efectuando la distinción entre estos dos tipos de esperanza a partir de la diferenciación entre derecho efectivo y simple derecho a adquirir o simple aptitud, sea facultad propiamente dicha o sea expectativa.

2.1.4. La protección pensional

De acuerdo con Metaute (2009), el sistema de seguridad social en pensiones se encarga de reconocer y acreditar las correspondientes a Vejez o Jubilación, Invalidez y sobrevivientes. Igualmente, reconoce y paga la devolución de saldos y el Auxilio Funerario. Existe además, el "Fondo de Solidaridad Pensional" que tiene por objeto complementar los aportes del Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural o urbano, que carezcan de recursos para efectuar la totalidad de los mismos; y además sirve de ayuda a la población más pobre.

El sistema que protege las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte conocido como Sistema General de Pensiones, se encuentra estipulado por la Ley 100 de 1993 (art. 10) como aquel que 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.

Es decir, a través del Sistema General de Pensiones sus afiliados o beneficiarios obtienen una pensión o una indemnización bien sea por vejez, por invalidez o por muerte, llamada de sobrevivientes.

Con la precedente ilustración se reconoce que hasta entonces, la cobertura del sistema pensional anterior no era completa y que no toda la población podía aspirar a una pensión. Sin embargo, el nuevo sistema general de pensiones, según los artículos 11 y 279 de la Ley 100 de 1993, no sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, pues este último consagró unas excepciones en la aplicación del Sistema General de Seguridad Social, referidas a varias categorías de servidores del Estado. Situación que cambió con la Ley 797 de 2003, en la que se estableció una afiliación obligatoria para todas las personas que ingresaran a la fuerza laboral.

Luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en las fechas que dispuso ella misma (1 de abril de 1994 en general y 30 de junio de 1995 para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital) entraron a regir para el personal no excluido del Sistema

General de Pensiones, tanto del sector público como del sector privado, dos regímenes para pensiones excluyentes entre sí, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2.1.5. Posición de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de progresividad al ámbito de la seguridad social

El principio de progresividad es una de las principales características de la seguridad social que tiene su fundamento Constitucional en el artículo 48 en su tercer inciso al contemplar: Al respecto, la Constitución Política de 1991, en su artículo 48, estipula que “el Estado con ayuda de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social (...)”, lo cual implica que una vez alcanzado un nivel de protección, la potestad del legislador se ve limitada al considerarse al menos en principio como inconstitucional todo retroceso al nivel de protección alcanzado.

Precisamente, el tema del principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue ampliamente abordado en la doctrina de la Corte Constitucional, especialmente, a través de la Sentencia T-752 de 2008. Precisamente, en dicho pronunciamiento, y con el propósito de establecer la aplicación del postulado en comento, la Corte encuentra que es menester analizar los fundamentos jurídicos que lo consagran como uno de los elementos rectores para establecer los límites de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte cita, de manera específica, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (Corte Constitucional, 2008, T-752).

Cuando el principio de progresividad procede, sobre todo de la consagración que hace el ordenamiento internacional, es importante tener en cuenta que lo que pronunció al respecto el Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales (CDESC), específicamente en la observación general número 3; en dicho pronunciamiento, este Comité señaló que la consagración del principio de progresividad que se encuentra en el PIDESC pone de manifiesto la dificultad más relevante a la cual se debe enfrentar el propósito de ofrecer amparo a los derechos económicos, sociales y culturales y es la de que su realización no es posible de forma inmediata, pues a medida en que se demanda cualquier tipo de prestación a cargo del Estado, se debe requerir de un lapso de tiempo dentro del cual la administración estatal ajuste su estructura a la finalidad de brindar a este tipo de derechos plena satisfacción; sin embargo, su consagración, según lo señala el Comité mencionado, no puede ser malinterpretada, en el sentido de querer imputarle la obligación de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de contenido significativo.

En este orden de ideas, por tanto, el principio de progresividad debe ser interpretado a la luz del objetivo general que tienen todas las disposiciones que constituyen el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual está dirigido a establecer obligaciones ciertas que se encuentran en cabeza de los Estados para que así se garantice el cumplimiento de los derechos que están plenamente reconocidos en dicho tratado.

En este pronunciamiento el Comité hace especial hincapié en una obligación de contenido específico que brota del principio de progresividad, según la cual los Estados firmantes del tratado no pueden adoptar medidas que impliquen un retroceso en la senda de protección que haya avanzado el Estado para procurar el amparo de estos derechos (Corte Constitucional, 2008, T-752).

Según lo anterior, puede señalarse que el principio de progresividad constituye el matiz más importante de los derechos sociales y, por tanto, permite inferir que el único deber jurídico que se puede imponer a los Estados es que no deshaga, de forma injustificada, el desarrollo legislativo que haya sido brindado, lo que se contrapondría al reconocimiento de un contenido que es inherente a estos derechos.

En contra de la anterior reflexión, el Comité en comento llama la atención sobre este punto en la observación general con el fin de que se evite cualquier interpretación que lleve a dicha conclusión; en este sentido, según el Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales (CDESC), la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales presupone que se acepta lo siguiente:

una obligación asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...). Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (Román, 2007, p. 148).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-038 de 2004, se pronunció y señaló que el principio de progresividad está desprovisto de todo tipo de contenido meramente retórico, lo que pone de manifiesto la no conducencia de su uso como disculpa para evadir, eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Por el contrario, de acuerdo con la Corte en mención, este principio presume el compromiso de iniciar de forma inmediata el proceso que busque la plena realización de tales derechos, obligación que, a su vez, está aunada al reconocimiento de ciertos “contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas” (Corte Constitucional, 1997, C-251).

Así las cosas, en virtud del principio de progresividad que encabeza la búsqueda del derecho a la seguridad social como derecho social, sobre el Estado está la carga del deber de extender su límite de protección y de restringir las prohibiciones eventuales que puedan afectar su contenido.

Sobre este asunto en particular, la Sentencia C-038 de 2004, que se ha venido referenciando, la Corte Constitucional se pronunció al respecto del significado de este principio con el fin de exponer que una vez se haya alcanzado un cierto nivel de protección de determinado derecho social (como por ejemplo lo que sucedió con la promulgación de la Ley 100 de 1993 con relación al derecho a la seguridad social), su posible retroceso se muestra problemático desde la perspectiva constitucional, pues si bien el Congreso colombiano goza de un profundo margen de discrecionalidad sobre las áreas cuyo desarrollo le compete; ahora, con relación al contenido de los derechos sociales nace una importante limitación, la cual consiste en que cualquier circunstancia que disminuya el ámbito de protección debe tener suficiente apoyo argumentativo.

En la observación general número 19 (...), el Comité se pronunció a propósito de la adopción de este tipo de medidas por parte de los Estados con el objetivo de señalar lo siguiente: “42. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado” (Negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional, 2008, T-752).

En la Sentencia C-1489 de 2000, por ejemplo, la Corte Constitucional también se pronunció al respecto del tema que se viene tratando; dicha corporación en la mencionada providencia señaló que sobre las leyes que lleven consigo una mengua del ámbito de protección que ya se haya concedido a un determinado derecho social existe, sin lugar a dudas, una presunción de

inconstitucionalidad. Esta consideración fue ampliada luego en la Sentencia C-671 de 2002, en la cual se precisó lo siguiente:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales 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 (Corte Constitucional, 2002, C-671).

Por el anterior motivo, entonces, la superación del examen de exequibilidad, aparte de presumir la aprobación de subprincipios tales como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, los cuales dan forma al principio de proporcionalidad, tiene que demostrar la existencia de motivos justificados que hagan necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social prestacional. Sumado a ello, además, el juez constitucional debe tomar en consideración las directrices postuladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contenidos en la observación general número 3 ya referida.

Como puede verse, para la Corte Constitucional (C-671/02) es necesario tener en cuenta que para que una regla de carácter regresivo pueda ser considerada constitucional, se debe demostrar las razones imperiosas que justifiquen dicha medida en ese derecho social prestacional. Haciendo referencia a la progresividad, la Corte Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. 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. (Negrillas fuera de texto). (Corte Constitucional, 2004, C-038 y Corte Constitucional, 2008, T-077).

Son varios los pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo referente a la aplicación de la Ley 860 de 2003 modificatoria de la Ley 100 de 1993 relativo a los requisitos mínimos exigidos para el otorgamiento de pensiones de invalidez por enfermedad y por accidente, destacándose dentro de esta línea Jurisprudencial algunos fallos en los cuales se otorgan pensiones de invalidez, teniendo como principal argumento la regresividad de las normas vigentes, como se muestra a continuación.

Por medio de la Sentencia T-077 de 2008, la Corte reconoce la pensión de invalidez a un enfermo de VIH/SIDA a quien se le había negado por los jueces de tutela en primera y segunda instancia, en razón de no cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 860, es decir, las 50 semanas cotizadas en los tres años previos a la configuración del estado de invalidez y la fidelidad con el sistema del 20% después de cumplidos los 20 años, dentro de los argumentos esgrimidos por la Corte, en dicha ocasión, se destacan:

Lo anterior significa que si bien, el Constituyente le confirió al Congreso una(sic) amplio margen de configuración política para regular la seguridad social, aquella no puede predicarse como absoluta, pues se encuentra limitada, de manera general, por requisitos formales de trámite y sustanciales que responden a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y, específicamente por las disposiciones de carácter internacional y el artículo 48 del Texto Fundamental que le impone al momento de reconocer y fijar las condiciones de los derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social, en cumplimiento del principio de progresividad, por un lado, establecer condiciones mínimas que no pueden ser desmejoradas, y por el otro, hacer efectiva la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población.

Bajo este contexto, la Corte en reiterada jurisprudencia ha considerado que en desarrollo de dicha potestad legislativa en materia de seguridad social, el Legislador debe procurar condiciones que amplíen los beneficios existentes, y, en todo caso, que no desmejoren las condiciones creadas. Por tanto, una consagración legislativa que resulte regresiva se presume, prima facie, inconstitucional (...) (Corte Constitucional, 2008, T-077).

Se destaca el establecimiento de un régimen de transición entre una norma y otra como mecanismo idóneo para garantizar la progresividad del sistema:

Ahora bien, ante una eventual modificación legal que implique una restricción al acceso de los derechos, el Legislador tiene a su alcance, como mecanismo para evitar la regresividad, prever un régimen de transición, para no afectar a quienes sean titulares de derechos adquiridos o a personas que tenían la expectativa legítima de acceder a un régimen modificado que le resultaba más favorable (Corte Constitucional, 2008, T-077).

En la citada sentencia, la Corte llega a la conclusión que tanto la Ley 797 de 2003 como la 860 del mismo año establecen unos requisitos más estrictos para el acceso a pensiones de invalidez, al aumentar el número de semanas de cotización requeridas de 26 a 50 además de crear un requisito adicional denominado fidelidad al sistema, consistente en haber cotizado un porcentaje del tiempo transcurrido entre la fecha en la que se cumplió 20 años de edad y la primera calificación del estado de invalidez. Por otro lado subraya el hecho que el legislador no hubiese establecido un régimen de transición para garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez a las personas que habían cotizado en vigencia del sistema anterior y que podían tener una expectativa legítima frente al régimen aplicable para el reconocimiento de dicho derecho pensional, finalmente dentro de las consideraciones del caso concreto, señala:

Bajo este contexto, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, su carácter progresivo y el agravante de que no ha sido posible encontrar una cura como es el Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH- que cumpliendo con los requisitos señalados en el régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez, no obstante se le niega el reconocimiento de la misma, la cual además se constituye en su única fuente de ingresos (Corte Constitucional, 2008, T-077).

Igualmente en sentencia T-550 del 2008 se revoca el fallo del Juez de segunda instancia (que confirmaba el pronunciamiento de primera instancia) y la Corte concede la pensión de invalidez al accionante, a quien se le había negado dicha prestación por no cumplir el requisito de fidelidad

al sistema, ya que al momento del dictamen que decretó la invalidez, el afiliado solo contaba con un porcentaje de fidelidad del 10.51%, cifra inferior a la exigida por la Ley 860 de 2003.

Dentro de la parte motiva de la sentencia, la Corte plantea las siguientes consideraciones:

(...) los cambios legislativos que se han dado en materia de pensiones y en particular en la pensión de invalidez desde la implementación del Sistema de Seguridad Social Integral, han venido imponiendo requisitos cada vez más variados y rigurosos, lo que ha significado que el reconocimiento de tal prestación resulte cada vez más difícil de obtener. Bajo esta óptica, se concluye que en efecto la evolución normativa adelantada por el Legislador se aprecia regresiva, en clara contravía de los postulados que orientan un Estado social de Derecho y de los propios principios que orienta la seguridad social en el país, como es la solidaridad, la universalidad y la eficiencia.” “(...) “Ciertamente, esta situación se aprecia injusta, más aún porque la exigencia de fidelidad al sistema no se le puede exigir a quien inicialmente no tenía el deber de hacerlo, y porque ahora por su condición de invalidez ya le resulta imposible cumplir (Corte Constitucional, 2008, T-550).

Además, haciendo referencia a jurisprudencia de este mismo tribunal, se indica que el propósito de la cultura de afiliación a la seguridad social no puede ser a costa de quienes no hacen parte de ella, siendo necesaria la implementación de un régimen de transición, un mecanismo similar que ampare a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema, en alusión a la Ley 860 de 2003, recalca:

Resulta claro para esta Corporación que la medida asumida por el legislador es desproporcionada porque para fomentar los fines expuestos, sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado colombiano. Además de desproporcionada, la norma es injustificada porque no existió al interior del cuerpo legislativo un debate sobre la incidencia de la norma, ni consideraciones sobre medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población (Corte Constitucional, 2006, T-221).

Frente a las continuas inaplicaciones de la Ley 860 de 2003 por su carácter regresivo, la Corte conoció el estudio de su constitucionalidad y en Sentencia C-428 de 2009 se pronuncia al respecto. Es así como la Corte Constitucional, establece la declaración de inexecutable de la siguiente expresión “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” del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y en igual sentido lo hace para el numeral 2 del mentado artículo, quedando proscrita la exigencia del requisito de fidelidad al sistema para la obtención de la pensión de invalidez.

Dentro de los fundamentos de la decisión reafirma una vez más el mandato constitucional de progresividad y de no regresividad de la legislación en materia de seguridad social, es decir, que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el amplio margen de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringido, a su vez, señala que dicha limitación no pueda ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie, ya que éstas pueden ser justificables, pero deben estar sometidas a un control judicial más riguroso. En la citada sentencia se plantean los requisitos (demostrables con datos suficientes y pertinentes) que permiten que un cambio de naturaleza regresiva como el materializado por la Ley 860 sea constitucional, ellos son:

Que la medida:

- (i) busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa
- (ii) resulta conducente para lograr la finalidad perseguida
- (iii) evaluadas las distintas alternativas, parece necesaria para alcanzar el fin propuesto
- (iv) no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido
- (v) el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece (Corte Constitucional, 2009, C-428).

Señala también que el juicio de constitucionalidad debe ser particularmente estricto cuando los derechos vinculados a la medida de carácter regresivo sean del orden social de personas o grupos de personas que sean sujetos de protección especial en razón de su vulnerabilidad o marginalidad, indica igualmente los eventos en los que en principio una medida se entiende

como regresiva: a) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; b) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata; c) cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación.

Según manifiesta la sentencia:

la Corte recordó que aunque 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, pues no se trata de situaciones consolidadas de acuerdo a la ley, cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad y que como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado deben ser objeto de consideración y no pueden ser modificadas de manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos (Corte Constitucional, 2009, C-428).

En referencia a los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, reconoce la Corte como se aprecia prima facie que las modificaciones introducidas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, establecen requisitos más rigurosos para obtener la pensión de invalidez, constituyéndose en una medida regresiva a la luz de los principios que rigen la seguridad social al aumentar el número de semanas de cotización requeridas y al establecer un requerimiento adicional de fidelidad, no previsto en la Ley 100 de 1993, al exigir la cotización de un porcentaje del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplió 20 años y la primera calificación del estado de invalidez, por último recalca la ausencia de un régimen de transición que permitiera que no resultaran afectadas las personas que habían cotizado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a las que se les cambiaban las exigencias legales, que sí bien no tenían un derecho adquirido, sí tenían una expectativa legítima en cuanto al régimen aplicable para acceder a la pensión de invalidez.

Respecto del requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres años para tener derecho a esta pensión, la Corte estableció que la norma no hizo una restricción unívoca de las condiciones de acceso, pues aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, pero de igual manera aumentó el plazo a ser tenido en cuenta para que el afiliado (cotizante activo o no), acredite las semanas mínimas requeridas y en tal medida se cambió para la configuración de la invalidez, del año inmediatamente anterior a los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, considerando que dicha modificación favorece a los sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez, considerando que esta norma amplió las posibilidades de acceso a la prestación.

Del nuevo requisito de fidelidad, no se afirma lo mismo, al considerar que estudiados los antecedentes de la regla no se encontró una finalidad legítima y plausible desde el punto de vista constitucional que justificara dicha exigencia, al contrario se trata de un requisito más engorroso que disminuye el nivel de protección para agravar la situación, tampoco se estableció un régimen de transición que permitiera a los trabajadores amparados por el régimen anterior continuar disfrutando de la posibilidad de acceder a esa pensión y demeritó que el objetivo de promover la cultura de afiliación al sistema y evitar posible fraudes al mismo, justifiquen este tipo de medidas, declarando su inexecutable.

En la sentencia en comento se presentaron tres salvamentos de voto parciales en el sentido de declarar la inexecutable de la totalidad de los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 por considerar que el requisito de las cincuenta semanas (50) cotizadas en los tres años

anteriores a la configuración del estado de invalidez, contenido en la norma también es regresivo como lo sustentan diversas decisiones anteriores emitidas por la corporación. Frente a este pronunciamiento de la Corte se puede vislumbrar un problema para los operadores jurídicos, ¿qué posición tomar ante los múltiples sentencias T de la Corte Constitucional en las que se inaplica por excepción de inconstitucionalidad el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años previos a la configuración de la invalidez contenido en la Ley 860 de 2003 por ir en contra del principio de progresividad y la sentencia C que declara exequible dicho requisito por considerar que no es regresivo?

A primera vista se podría decir que con la exequibilidad del requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez declarada en sentencia C-428 de 2009, éste no podría ser inaplicado por tratarse de cosa juzgada constitucional, pero hay que recordar que el análisis que se hace en las sentencias C es de carácter abstracto y el de las sentencia T es en el caso concreto; en razón de esto, no es descartable la inaplicación de dicho requisito por inconstitucional, sí a la luz del análisis del caso particular resultare clara la violación de un derecho fundamental de una persona concreta, en este caso, no habría razón para no inaplicar la norma legal ya declarada constitucional en abstracto.

De otro lado, es sabido que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional generan la denominada "doctrina constitucional", que sirve de parámetro de decisión a los operadores jurídicos, por lo que estamos frente a dos líneas jurisprudenciales opuestas en las que prevalece la duda sobre cuál de las dos debe defenderse.

2.1.6. El principio de progresividad pensional según el Consejo de Estado

Según lo establecido por el Consejo de Estado en pronunciamiento del 4 de agosto de 2010, el principio de progresividad constituye en una pauta en materia de política pública para los Estados en la medida en que debe velar porque los beneficios logrados en el ámbito de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se menoscaben en el transcurso del tiempo y, por ende, se procure la optimización continua de su disfrute. En este orden de ideas, cabe mencionar que sobre este asunto la Corte Constitucional colombiana ha señalado lo siguiente:

2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004, en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad.

2.5.8.2. Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005 (...), la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia (...) (Consejo de Estado, 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)).

Es importante mencionar que de la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, al igual que ocurre con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se puede observar que las características salariales que se debían tener en cuenta para poder determinar la cuantía de la pensión de

jubilación estaban por encima de los estipulados por la primera norma citada, la cual fue modificada por la Ley 62 de 1985; a pesar de ello, de dicho decreto también se ha señalado que no contiene una lista específica, sino que es sólo enunciativa de los factores que constituyen la base de liquidación pensional, admitiendo que se incluyan otros que así mismo fueron devengados por el trabajador.

Del mismo modo, la anterior tesis privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en donde su observancia es absoluta, pues se trata de beneficios laborales en donde el inventario valorativo de la Constitución Política imposibilita aplicar la normatividad vigente sin tener en consideración todas las condiciones bajo las cuales fue llevada a cabo la actividad laboral, ya que ello conduciría, indudablemente, al desconocimiento de aspectos importantes que determinan la forma como deben ser reconocidos los derechos prestacionales.

Según lo anterior, la interpretación de la Ley 33 de 1985, la cual fue modificada por la Ley 62 de ese mismo año, en el sentido de suponer que aquella determina en forma específica y taxativa los factores sobre los cuales se fija el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, tiene como resultado la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, ya que se puede ver que el transcurrir del tiempo ha conllevado una disminución manifiesta en los beneficios que se han obtenido con antelación en el contexto del reconocimiento y pago de las pensiones.

Como consecuencia de ello, el principio de progresividad está encaminado a orientar las decisiones que en materia sobre prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, ya que la protección de la sociedad supone la existencia de ciertas condiciones mínimas que le permiten

ejercer sus derechos de una manera adecuada a sus necesidades vitales y, fundamentalmente, conforme con la dignidad humana; por tanto, este principio de progresividad también debe orientar la actividad de los jueces cuando éstos apliquen el ordenamiento jurídico a ciertas situaciones o casos concretos.

2.1.7. Principio de progresividad pensional y su armonización con la Constitución Política Colombiana

De conformidad con las recopilaciones y valoraciones que se han realizado hasta el momento sobre la normatividad, la jurisprudencia y las disposiciones internacionales, que se han realizado en torno al principio de progresividad en el ámbito pensional, se hace necesario analizar su inclusión por bloque de constitucionalidad, a partir de lo preceptuado en diversos tratados, tales como la Carta de la Naciones Unidas (Ley 13 de 1945), en el cual en su artículo 55 literal a. determina lo siguiente “niveles de vida más elevados, trabajos permanentes para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social”; por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Ley 16 de 1972), al respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, hace referencia en su artículo 26 al Desarrollo Progresivo, el cual, de manera posterior fue ampliado por el protocolo adicional de este mismo instrumento que fue ratificado por Colombia a través de la Ley 319 de 1996, el cual establece:

ART. 1º—Obligación de adoptar medidas. Los estados partes en el presente protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo...

ART. 9º—Derecho a la seguridad social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.

Como puede verse, todo este proceso de armonización constitucional está unido a una serie de elementos preparatorios, que determinan la articulación de los tratados internacionales suscritos por Colombia con la Constitución Política de 1991, ya que tales instrumentos no pueden ir en contra de las disposiciones constitucionales, lo que implica a su vez que no se puede obviar el debido control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional Colombiana, el cual es previo a la ratificación. Todo ello evidencia las diferentes etapas que debe surtir el principio de progresividad para hacer parte del ordenamiento jurídico, etapas que una vez superadas son las que posibilitan que, mediante lo preceptuado en el artículo 93 Superior, el principio de progresividad adquiriera rango constitucional, lo que quiere decir, que sea vinculante tanto para el legislador como para los distintos operadores jurídicos, en aquellos momentos que entren a regular o aplicar normas de carácter pensional.

El problema del asunto, según expone Quinche (2008), es que el legislador ha incurrido en constantes desacatos en la aplicación del principio de progresividad, lo cual ha producido situaciones regresivas en materia pensional, lo que ha hecho que la Corte Constitucional desarrollara una jurisprudencia proteccionista a través de la acción de tutela, debido a las contantes contradicción de las políticas públicas que, por un lado se han direccionado hacia la ampliación de la cobertura pensional, pero que a su vez han agravado los requisitos necesarios para poder adquirir una pensión.

Sobre el particular, Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-111 de 1997 ha establecido lo siguiente:

La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no pueden 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 natural los recursos del erario (Corte Constitucional, 1997, SU-111).

Lo anterior quiere decir que el Estado no puede ampararse en las deficiencias del sistema pensional o en crisis fiscales, puesto que sus políticas públicas de cobertura no pueden perderse nunca el rumbo progresista que implica el principio objeto de estudio, más si la población afectada corresponde a ciudadanos de especial protección, quienes deben gozar de todas las garantías que la Constitución y la Ley les otorgan, pero sobre todo el goce pleno de su derecho a la pensión de vejez, lo que solo se podrá lograr a través de medidas racionales que sean ajenas a situaciones amañadas y a conveniencias político-económicas que tienen por objeto la disminución del goce de los beneficios alcanzados en materia legislativa en relación con los derechos prestacionales.

En este sentido, conviene tener presente la valoración que sobre el principio de progresividad ha realizado el doctrinante Robert Alexi, el cual reconoce su valor Constitucional en los siguientes términos:

Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible...por consiguiente los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (Alexi, 2002, p. 96).

Es por ello que el legislador debe realizar una correcta valoración del principio de progresividad en virtud del mandato de optimización, teniendo en cuenta los diferentes

elementos desarrollados en este escrito, ya que solo mediante un análisis normativo, jurisprudencial y constitucional objetivo, se puede lograr la fundamentación jurídica necesaria, es decir, alcanzarse una “decisión racionalmente fundamentada y ponderadora de los principios la seguridad social frente a derechos fundamentales como el mínimo vital, vida digna y sobre todo la garantía de los beneficios alcanzados en materia de la seguridad social” (Ciprián, 2011, p. 37).

Es precisamente dicho mandato de optimización el que se debe valorar por el legislador, según lo establece la mencionada autora, pues solo a través del análisis normativo, jurisprudencial y constitucional, podrá llegarse a la argumentación jurídica, es decir una decisión racionalmente fundamentada y ponderadora de los principios la seguridad social.

A partir de la valoración del principio de progresividad como fundamento normativo, como principio vinculante de la doctrina constitucional y como mandato de optimización constitucional, permitirá que el legislador incorpore en su actividad legislativa medidas progresivas que permitirán el mejoramiento de las condiciones pensionales en Colombia, pues es evidente que el legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 que modifica los requisitos de pensión establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 en el régimen de prima media, no desarrolló el principio de progresividad en cuanto a la pensión de vejez (...) (Ciprián, 2011, p. 38).

Toda esta situación ha dado lugar a que desde 2008 hasta la fecha se hayan venido produciendo situaciones cada vez más agravantes en materia pensional en Colombia, lo cual ha desembocado en una abalanza de acciones de tutela, ya que ésta se constituye en el único instrumento que posibilita la reclamación efectiva de derechos prestacionales; de igual forma, se ha recurrido a la acción pública de inconstitucionalidad como herramienta de control de la actividad del legislativo en materia pensional; todo ello ha tenido por objeto que la ciudadanía que cotiza a algún régimen pensional pueda gozar de manera plena y disfrute de su pensión de vejez o invalidez, aún a pesar de la inoperancia del principio de progresividad en materia de

pensiones; es por ello que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, desde diferentes tribunas, pero bajo la misma línea jurisprudencial, se han encaminado en la labor de proteger los derechos atinentes al ámbito de la seguridad social que el mismo legislador ha transgredido por haber desconocido el principio de progresividad como principio constitucional obligatorio en materia pensional en particular y prestacional en general.

Desde esta perspectiva, resulta a todas luces conveniente el planteamiento metodológico realizado por diversos doctrinantes, así como por las mismas altas cortes colombianas, según el cual el principio de progresividad en el ordenamiento jurídico colombiano debe estar sujeto a un mandato de optimización que a pesar de ser general, debe otorgar la posibilidad de mejorar las condiciones sociales, para que posibilite la justiciabilidad de los derechos prestacionales en cuanto a la pensión de vejez en el régimen de prima media, puesto que no deja plena libertad al Estado en la regulación de este derecho, catalogado como derecho social fundamental.

Al respecto, Quinche (2008) plantea

El cumplimiento efectivo de los derechos de prestación, depende de la implementación de políticas públicas. Sin embargo, no se trata de cualquier clase de política, si no que de acuerdo con su núcleo esencial, deben ser asegurados los derechos mínimos de subsistencia, independientemente del nivel de desarrollo del país, adicionalmente, estas políticas deben ser de carácter progresivo lo que implica... que los niveles de cobertura y calidad deben ir siempre en ascenso, y que no pueden ser objeto de regresividad, es decir, no pueden descender de los niveles alcanzados.... (Quinche, 2008, p. 52).

Lo anterior sólo demuestra que el impacto financiero que genera la garantía de este tipo de derechos, no es un argumento válido para que el legislador colombiano se aleje del principio de progresividad en su función de generar o modificar políticas públicas, ya que de dichas políticas se desprenden los beneficios o medidas regresivas que afectan esta clase de derechos.

Respecto a los derechos adquiridos es pertinente poner en evidencia que su regulación en materia pensional y por supuesto la interpretación que sobre dichos derechos ha hecho la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, se debe poner de presente que corresponde;

A situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser representado fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlo nuevamente (Corte Constitucional, 2001, C-619).

De igual manera, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-584 de 1997 que se vulneran los derechos adquiridos cuando una normativa afecta situaciones jurídicas que se encuentran consolidadas que dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador.

En consonancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determina el régimen de transición, también establece el respeto por el derecho pensional adquirido antes de la entrada en vigencia de dicha ley, por lo cual el legislador no puede desconocer y afectar esos derechos pensionales que han sido reconocidos legítimamente e ingresados al patrimonio del beneficiario.

Finalmente, es de resaltar que la valoración que se le ha dado al principio de progresividad en la pensión de vejez en el régimen de prima media, permite comprender mejor la naturaleza y alcance de este principio, que aunque no se encuentra expresado de manera tácita, goza de

legalidad constitucional según lo dispuesto en el artículo 48 Superior, lo cual lo convierte en criterio de interpretación y orientación de la labor legislativa.

2.2. EL SISTEMA PENSIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

2.2.1. Chile

Los sistemas de pensiones en el mundo están diseñados como mecanismos para proveer ingresos en aquellas circunstancias en que las personas pierden su capacidad de autogeneración debido a la edad avanzada (beneficios de vejez), discapacidad permanente (beneficios de invalidez) o fallecimiento de una de las fuentes principales de ingresos de una familia (beneficios de sobrevivencia).

De acuerdo con Berstein (2010), en el caso chileno, el sistema de pensiones está organizado en torno a un esquema de tres pilares básicos: un pilar de prevención de pobreza, un pilar contributivo de naturaleza obligatoria y un pilar de ahorro voluntario. A través de estos componentes, se busca por un lado garantizar que las personas puedan llevar un estándar de vida similar entre la etapa laboral activa y el período de jubilación y por otro, se busca eliminar la incidencia de pobreza en la tercera edad o en caso de invalidez.

El pilar solidario es el que tiene como objetivo prevenir pobreza en estas situaciones de vulnerabilidad. Este pilar está conformado por una pensión no contributiva, la pensión básica

solidaria (PBS), y un complemento a la pensión contributiva, el aporte previsional solidario (APS).

El pilar contributivo obligatorio es un esquema único nacional de capitalización financiera en cuentas individuales administradas por empresas privadas de giro único, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)*. Se trata de un esquema de contribución definida, es decir, donde la tasa de aporte se mantiene constante y los beneficios se calculan utilizando fórmulas actuariales en función del saldo acumulado por cada individuo al momento de retiro.

Para complementar el ahorro obligatorio realizado a través del sistema de AFP, existen incentivos tributarios para que las personas realicen aportes voluntarios a través de una serie de instrumentos financieros: cuentas de ahorro previsional voluntario administradas por las propias AFP, fondos mutuos, productos de seguro de vida con ahorro, etc. El esquema está diseñado de manera tal que los ahorros destinados a estos productos se encuentran exentos de impuesto a la renta en aquellos años en que los depósitos son realizados. Los intereses generados por estos ahorros también están exentos de impuestos pero las pensiones financiadas con estos recursos son consideradas como ingreso para efecto de este tipo de impuesto. Los individuos pueden retirar sus ahorros voluntarios antes de jubilarse, pero pagando los impuestos correspondientes y un castigo por retiro anticipado.

* Sólo las Fuerzas Armadas permanecen fuera del sistema de AFP y éstas siguen administrando sus esquemas de reparto y beneficio definido (CAPREDENA y DIPRECA). Además, debe señalarse que el Sistema de AFP coexiste aún con el Sistema de reparto de las Ex Cajas de Previsión administradas a través del Instituto de Previsión Social (IPS), que recibe las cotizaciones y paga los beneficios de los imponentes y pensionados que optaron por permanecer en dicho sistema.

2.2.2. España

El 1 de enero de 2013 entró en vigor la nueva Ley de Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social, suponiendo probablemente uno de los cambios más significativos producidos en nuestro sistema de pensiones a lo largo de su historia. La nueva ley supone una reforma paramétrica del sistema, con cambios que afectan a la edad de jubilación, al número mínimo de años de cotización y al periodo de años cotizados tenidos en cuenta en el cómputo. Igualmente, pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta nuevos factores que garanticen la sostenibilidad del sistema de pensiones, como la esperanza de vida. En ese momento, se avanzaba ya un cambio en los criterios exigidos para que el individuo pudiese acogerse a la jubilación anticipada, cambio materializado meses más tarde con la publicación del Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo.

De acuerdo con Ayuso, Guillén y Valero (2014), con la nueva Ley se establece un periodo de transición hasta 2027 para retrasar la edad legal de jubilación desde los 65 hasta los 67 años. Hasta enero de 2013, la edad legal de jubilación había estado fijada en los 65 años, edad a partir de la cual el trabajador tenía derecho a cobrar la totalidad de la pensión, siempre que se cumpliesen otras condiciones como el haber cotizado durante 35 años a la Seguridad Social. Con el cambio normativo, se produce un retraso en la edad de jubilación, retraso que se producirá, según la ley, de forma paulatina, de manera que hasta el año 2018, cada año, la edad legal de jubilación aumentará en un mes. De esta forma, en el año 2013, la edad legal de jubilación pasa a ser de 65 años más un mes, alcanzando en el año 2018 la cifra de 65 años más seis meses. A

partir del 2018 la edad de jubilación aumentará dos meses cada año, para llegar de esta forma en el año 2027 a los 67 años establecidos.

Hasta enero del 2013 el tiempo de cotización exigido para cobrar la totalidad de la pensión de jubilación eran 35 años. Simultáneamente, la pensión se veía incrementada en un 2% adicional por cada año de prolongación de la vida laboral, llegando a ser este incremento del 4% cuando la persona acreditaba más de 40 años cotizados. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley se amplía hasta los 37 años el plazo necesario para cobrar la pensión total de jubilación, aunque al igual que ocurre con la edad de jubilación se determina un periodo transitorio hasta el año 2027 para hacer la ampliación del tiempo máximo de cotización. De hecho, se establecen medidas transitorias que suavizan la adaptación de la norma, como la posibilidad de que los individuos puedan jubilarse a los 65 años siempre que hayan cotizado como mínimo 38 años y 6 meses.

Otro de los parámetros que se ha visto modificado con la entrada en vigor de la nueva ley ha sido el número de años tenidos en cuenta en el cálculo de la pensión final de jubilación del individuo. De esta forma, si hasta enero de 2013 el cómputo de la pensión se hacía teniendo en cuenta los últimos quince años de cotización a la Seguridad Social del individuo (plazo que ya fue ampliado en 1997 cuando estaba fijado en 8 años) a partir del cambio normativo se establece un aumento progresivo en el periodo de cálculo, hasta los 25 años en el año 2022. El incremento se realizará aumentando el periodo de cotización obligatorio cada ejercicio de forma lineal, en un año adicional hasta llegar a los 25 años establecidos. De esta forma, en el año 2013 harán falta 16 años de cotización, en el 2014 harán falta 17, y así sucesivamente. Diversas son las razones que han motivado llevar a cabo esta ampliación; la frecuencia con la que las empresas han recurrido a

las prejubilaciones (trabajadores entre 50 y 61 años de edad) y a las jubilaciones anticipadas (trabajadores entre 61 y 64 años) ha sido sin duda una de las que más ha influido.

Hasta enero de 2013 los trabajadores podían jubilarse de forma anticipada a los 61 años de edad siempre que cumpliesen un conjunto de requisitos. Entre ellos, el haber sido despedido por las empresas, y el haber cotizado más de 30 años a la Seguridad Social.

La reducción en la pensión global de jubilación por este hecho disminuía a medida que aumentaba el número de años cotizados. En este sentido, los individuos que habían cotizado entre 30 y 34 años a la Seguridad Social veían reducida su pensión en un 7,5%, lo que habían cotizado entre 35 y 37 años sufrían una reducción del 7%; los que habían cotizado entre 38 y 39 años un 6,5%, hasta llegar a una reducción del 6% en aquellos individuos con 40 años de cotización. Aunque en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley este fue uno de los puntos sobre el que Gobierno decidió aplazar la entrada en vigor de la reforma de la jubilación, el 15 de marzo de 2013 se publicó el Real Decreto-Ley 5/2013 de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, en el que se fijaron los cambios normativos que afectan directamente a la jubilación anticipada.

Con la publicación del RD se incrementan los porcentajes de limitación de la pensión a cobrar en el caso de jubilación anticipada, pasando del 0.25% al 0.50% del tope máximo de pensión, por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Adicionalmente se modifica la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada, tanto si se produce por causa ajena al trabajador

como por causa propia, que deberá ser de inferior a cuatro años en el primer caso, y a dos en el segundo, respecto a lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social. En lo que concierne a la jubilación por voluntad del interesado se incrementa el número de años de cotización exigidos desde los 33 a los 35 años. En las dos modalidades de jubilación anticipada se modifican los coeficientes reductores de la pensión. En el caso de la jubilación anticipada por cese involuntario del trabajador se aplica un coeficiente reductor (por cada trimestre o fracción de anticipación) desde un 1.875% para los trabajadores que acrediten menos de 38.5 años de cotización hasta el 1.5% para los que acrediten 44.5 o más años de cotización. En el caso de jubilación anticipada por voluntad del trabajador los coeficientes reductores oscilan desde el 2% cuando se acrediten cotizaciones inferiores a los 38.5 años hasta el 1.625% cuando se acrediten cotizaciones iguales o superiores a los 44.5 años.

Finalmente, la entrada en vigor de la nueva ley supone la introducción de una disposición adicional en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, relacionado con la creación del denominado factor de sostenibilidad de la Seguridad Social. El factor de sostenibilidad se crea con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones que se esperan del mismo, haciendo que el mismo sea sostenible, es decir, que se garantice un equilibrio a lo largo del tiempo.

La propuesta de factor de sostenibilidad presentada el 7 de junio de 2013 busca dar solución los dos riesgos potenciales más relevantes con los que se encuentra el sistema público de pensiones en nuestro país. Por un lado, los riesgos demográficos, provocado como

comentábamos en páginas anteriores, por el aumento de la esperanza de vida de las personas que alcanzan la edad de jubilación. Además se espera que en las próximas décadas lleguen a la edad de jubilación cohortes de población muy numerosas como consecuencia del baby boom producido en España entre finales de los años cincuenta y la primera mitad de los años setenta del siglo XX. Por otro lado, los potenciales riesgos económicos, derivados fundamentalmente de las fases depresivas asociados a la dinámica de la economía, con efectos importantes en la capacidad para pagar las pensiones, como los derivados de los cambios en las tasas de desempleo, tasas de actividad, en los salarios o en la productividad, todos ellos de gran influencia en el funcionamiento del sistema de reparto.

2.2.3. Francia

En Francia, la jubilación básica se completa con jubilaciones complementarias obligatorias que, como el régimen básico, se fundamentan en el mecanismo de reparto: ARRCO para todos los trabajadores por cuenta ajena y AGIRC para los directivos.

Según Cleiss (2015), la ley sobre la reforma de la jubilación de 2010 prevé atrasar la edad legal de jubilación para las generaciones nacidas a partir del 1 de julio de 1951. Esta disposición ha sido acelerada por la ley de financiación de la seguridad social para 2012. La edad de jubilación pasa a los 62 años para las personas nacidas a partir de 1955. Al mismo tiempo, la edad de atribución automática de la tasa plena (edad legal + 5 años) aumenta y alcanza los 67 años para los asegurados nacidos a partir del 1 de enero de 1955.

Existen posibilidades de jubilación anticipada para los supuestos de discapacidad mayor, vida laboral larga o carácter penoso de la actividad.

La edad legal para solicitar la liquidación de la pensión de vejez se establece en 62 años para los asegurados nacidos a partir del 1 de enero de 1955. Se mantiene en 60 años para los asegurados nacidos antes del 1 de julio de 1951 y aumenta en 4 meses para los asegurados nacidos entre el 1 de julio de 1951 y el 31 de diciembre de 1951 y después, en cinco meses por año para las generaciones siguientes.

El trabajador no está obligado a formular su solicitud en cuanto cumple la edad legal. El trabajador asegurado que sigue trabajando después de cumplir la edad requerida y más allá del período de cotización previsto para obtener la liquidación de la pensión de tasa plena, habida cuenta de su año de nacimiento, puede obtener un incremento del importe de su pensión ("surcote" en francés).

La pensión puede verse incrementada por varios conceptos.

Mejora por hijos: El trabajador asegurado que ha criado 3 o más hijos durante por lo menos 9 años antes de los 16 años de estos, gozará de una mejora del 10% del importe de su pensión de vejez. Esta mejora por hijo a cargo se le reconoce a cada uno de los progenitores titulares de una pensión de vejez.

Mejora por cónyuge a cargo: La mejora por cónyuge a cargo ya no se atribuye desde el 1 de enero de 2011. Se sigue pagando a las personas que ya la cobraban antes del 31 de diciembre de 2010 y que aún cumplen las condiciones de atribución. El importe anual de esta mejora es de 609,80 €.

Mejora por necesidad de tercera persona: La mejora por necesidad de tercera persona se reconoce a los titulares de una pensión de vejez que sustituye a una pensión de invalidez y a los titulares de una pensión de vejez por incapacidad laboral o revisada por incapacidad laboral y que cumplen con los requisitos para tener derecho a la mejora antes de alcanzar la edad de la jubilación a tasa plena (es decir, entre 65 y 67 años en función del año de nacimiento). Para solicitarla, el pensionista debe necesitar la asistencia de una tercera persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria. El importe anual de dicha mejora asciende a 13.236,98 € desde el 1 de abril de 2014.

En ambos regímenes, la edad normal para jubilarse se ha fijado entre los 65 y los 67 años en función del año de nacimiento del asegurado. No obstante, se puede solicitar la liquidación anticipada de los derechos (entre los 55 y los 57 años de edad), en función del año de nacimiento, con aplicación de un coeficiente de antelación.

Por otra parte, cuando el asegurado obtiene la liquidación de su pensión del régimen básico a tasa plena, puede disfrutar de su jubilación complementaria sin aplicación de coeficientes de antelación.

3. PROBLEMÁTICAS DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL MARCO DEL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

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, que es el sistema tradicional vigente ante el ISS (Acuerdo 049 de 1990) con las reformas de la Ley 100 de 1993.
- b) El régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ninguna persona puede afiliarse simultáneamente a los dos regímenes pensionales. En consecuencia no se puede distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la facultad de los afiliados para contratar o ser partícipes en planes de pensiones complementarias dentro o fuera del Sistema General de Pensiones (Cfr. Ley 100 de 1993, art. 16).

Según Patiño (2006), el Sistema General de Pensiones tiene las siguientes características:

- La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.
- La selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata la ley (Ley 100 de 1993, art. 271, inc. 1).
- 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 100 de 1993.
- La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley 100 de 1993.

- 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.
- Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100/93, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier Caja, Fondo o Entidad del Sector Público o Privado, o el tiempo de servicios como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizada o el tiempo de servicios.
- En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la Ley 100 de 1993.
- 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.
- 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.
- En ningún caso a partir de la vigencia de la Ley 797/03, 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.
- 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, en los términos de la ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.
- La Nación podrá, a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, 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.
- El Sistema General de Pensiones propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles.
- 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 ley 100.
- 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 Ley 797 de 2003 (p. 11).

Como puede verse, el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la Ley y suministrará el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho (Acto Legislativo 01 de 2005, art. 1).

Con la Ley 90 de 1946 se creó el sistema de seguridad social, el cual sería administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales —ISS—. El régimen pensional contenido en este sistema se denominó de prima media escalonada, en el cual los individuos laboralmente activos contribuían al pago de las pensiones de los jubilados. Este régimen fue modificado con el decreto 3041 de 1966, el cual propuso un sistema de prima media escalonado con aportes tripartitos, en el que tanto el gobierno como el empleador y el trabajador deberían asumir las contribuciones pensionales. Sin embargo, el ISS no cumplió ni con el escalonamiento ni con los aportes tripartitos.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 modificó el Sistema Integral de Seguridad Social, creando un sistema dual de pensiones, en el que coexisten el Régimen de Prima Media —RPM— con prestación definida y el Régimen de Ahorro Individual —RAI—. En este contexto, se debe mencionar que dicha Ley está enmarcada dentro de los lineamientos que el Banco Mundial ha

establecido en diferentes estudios, en cuanto al funcionamiento autosostenible del sistema pensional de los países en desarrollo, en los cuales se plantean tres pilares básicos en pensiones:

El primero, hace referencia a un sistema de pensiones obligatorias, administrado por el Estado y en el cual se fijaría un esquema de reparto de las pensiones, éste puede ser asemejado al RPM administrado por el ISS. El segundo, es un sistema igualmente obligatorio pero administrado por el sector privado, el cual se puede asociar con el RAI en lo concerniente a las pensiones obligatorias. El tercer y último pilar es un sistema de ahorro voluntario que puede vincularse con el RAI en cuanto a las pensiones voluntarias (Mesa, 2006, p. 18).

De esta manera, en Colombia el financiamiento del RPM se fundamenta en la destinación de las cotizaciones a una bolsa común, en la cual se pagan las pensiones luego de sumarle las rentabilidades del portafolio de inversión y descontarle los gastos administrativos y de funcionamiento del régimen pensional. Este régimen se denomina de prima media con prestación definida, debido a que una vez se cumplen los requisitos mínimos de pensión, los beneficios son repartidos entre los cotizantes en partes iguales y con un monto de prestación definido. En este régimen, el Estado garantiza el pago de las pensiones a quienes cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, por esta razón, si el ISS no cuenta con los ingresos y reservas necesarias para asumir esta obligación, el Estado deberá asumir el pago de dichas pensiones (Cfr. Ley 100 de 1993, art. 138).

El nuevo régimen de FPP (RAI) es dirigido por las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP-. En éste, el monto de cada pensión depende del total de los aportes hechos por cada individuo y de la rentabilidad de sus cotizaciones durante la permanencia en el Fondo. Esto implica que las contribuciones de los afiliados se manejen en cuentas independientes, lo que se conoce como sistema de ahorro o capitalización individual. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que dentro del ahorro generado por los FPP, también se considera el ahorro voluntario, es decir, aquel que no depende de la reglamentación pensional sino de los aportes que los

individuos deseen hacer adicionalmente a su ahorro obligatorio. Por esta razón, dichos aportes dependen en gran parte de la evolución del contexto macroeconómico, pues los individuos estarán dispuestos a hacer ahorros voluntarios en la medida en que las condiciones del entorno favorezcan este fin, especialmente por el tema de la rentabilidad.

No obstante, la Ley 100 propone un esquema pensional donde se incentiva la libre competencia, al permitir la vinculación de nuevos afiliados al sistema y el traslado de éstos entre las dos administradoras existentes (del ISS a las AFP y viceversa), siempre que éstas se ejecuten bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Los FPP desde su creación cuentan con un considerable número de afiliados, incluso superaron a los afiliados del ISS, y presentaron para el período 1995-2004 entre el 45,5% y el 62% del total de afiliados al Sistema General de Pensiones. Estas cifras son un buen indicador de la magnitud que han alcanzado los fondos de pensiones del RAI y nos puede ilustrar acerca de la gran proporción de ahorro que se está captando por el amplio número de afiliados. De la misma manera, la captación financiera por parte de los FPP (obligatorios y voluntarios) se ha incrementado considerablemente, por ejemplo, en los Fondos de Pensiones Voluntarias —FPV— pasaron de ser \$62.450 millones de pesos constantes de 1998 en 1995 a \$2.395.786 millones de pesos constantes de 1998 en 2004.

Actualmente, existen marcadas divergencias entre los dos regímenes de pensiones vigentes que pueden ser explicadas por su diferenciado manejo administrativo, estatal y privado. Así, el RPM al ser administrado por el ISS, entidad de orden estatal, maneja unas políticas

administrativas diferentes a las que operan los FPP en el RAI, pues en el RPM los aportes voluntarios a los FPV no tienen incidencia para el cálculo de la pensión; en ningún caso los afiliados pueden optar por la jubilación anticipada; para la pensión mínima se requieren 1.000 semanas cotizadas, 55 años cumplidos para el caso de las mujeres y 60 años para los hombres; los afiliados únicamente tienen expectativas del pago de una pensión si cumplen con los requisitos vigentes a la fecha en que cumplan con la edad y las semanas cotizadas.

Mientras que en el RAI los aportes voluntarios que se efectúen pueden acumularse al ahorro obligatorio y, por tanto, mejoran el monto de la pensión; además puede existir jubilación anticipada si el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional permite financiar una pensión equivalente por lo menos al 110% de una pensión mínima; para esta última se requieren 1.150 semanas cotizadas, 57 años cumplidos para el caso de las mujeres y 62 años para los hombres; la totalidad de los rendimientos financieros, dividendos y participaciones del FPP pertenece a los afiliados en proporción a su ahorro pensional.

Ahora bien, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) es el sistema de ahorro para la vejez administrado por el Estado, a través de Colpensiones. Este régimen cuenta con beneficios predefinidos y subsidiados por el mismo Estado. Por ejemplo: cuando la persona el promedio de sus últimos dos (2) años en una pensión de vejez, el estimativo queda por debajo del salario mínimo legal mensual vigente, es el Estado a través del Ministerio de Hacienda quien emite el reajuste hasta llevarlo al salario mínimo legal mensual vigente.

En los casos también en que se deja de recibir pensión de sobreviviente y el causante no haya aportado las semanas requeridas al momento del fallecimiento. Este régimen exceptúa que al momento del deceso haya tenido aportes cotizados durante 26 semanas de forma continua o haber tenido aportes al sistema durante los últimos 3 años de forma discontinua que alcance una sumatoria de semanas cotizadas a 54.

En la pensión de sobreviviente cuando el causante no alcanzo a cumplir con los requisitos anteriormente mencionados y que son ley, y con el régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.P.D) no da lugar a devolución de aportes; en cambio en el régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S), si al momento del fallecimiento tampoco se alcanzan estas calidades o requisitos da lugar a la devolución de los aportes ahorrados por el causante al momento del fallecimiento a sus herederos porque en este sistema este es un derecho sucesorable hasta el 4 grado de consanguinidad.

Como puede verse, el sistema general de pensiones es un conjunto de normas que tiene por objeto garantizar a la población el amparo de contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Actualmente el sistema como tal tiene baja cobertura, es desigual e insostenible.

Su baja cobertura responde a la informalidad laboral que no permite que los trabajadores cumplan con los requisitos de tiempo, monto y de cotización. Pero además los trabajadores formales por circunstancias de su vida tampoco lo logran por ser excluidos del mercado laboral a temprana edad con un promedio de vida entre 30 y 60 años de edad.

La desigualdad se ve reflejada, solo 1 de cada 10 Colombianos llega a pensionarse por falta de opciones y mecanismos de inclusión al sistema. El régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.P.D) a mayor pensión mayor subsidio. Además los trabajadores están en desigualdad en cada uno de los regímenes.

Dentro de las condiciones para obtener el derecho a la pensión de vejez en el R.P.M.P.D. se encuentran los siguientes:

1. Haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre.
2. A partir del 1 de Enero de 2015 la edad se incrementara a 57 años edad para las mujeres y 62 años de edad para los hombres.
3. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.
4. A partir del 1 de Enero de 2005 el número de semanas se incrementó en 50 semanas, a partir del 1 de Enero de 2006 se incrementara en cada año 25 semanas hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.
5. Para efectos del cómputo a que se refiere la presente normatividad se tendrá en cuenta:
 - a) El número de semanas cotizadas y pagadas en cualquiera de los regímenes.
 - b) El tiempo de servicios como servidores públicos, los cuales hayan sido remunerados como salario, incluyendo los régimen exceptuados que trae la Ley 100 de 1993 aquellos definidos como especiales como son:

Policía Nacional.

INPEC.

Maestros del Sector Oficial.

Presidente y sus Ministros.

- c) El tiempo de servicios 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 hubiesen afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas provisionales que antes de la Ley 100 de 1993 a su cargo tuviesen el reconocimiento y pago de la pensión.

Los literales b, c, d y e el computo es procedente siempre y cuando estas entidades según el caso hayan trasladado estas semanas con base al sistema actuarial. La norma tiene especificado por semanas cotizadas periodos de 7 días calendario.

Los requisitos para otorgar pensión anticipada de vejez en el marco del R.P.M.P.D, son:

- 1) Personas que padezcan una deficiencia física, psíquica o sensorial del 50% o más.
 - Que cumplan 55 años de edad.
 - Que tengan o que hayan cotizado de forma continua o discontinua 1.000 o más semanas al régimen de seguridad social.
- 2) La madre trabajadora o cotizante de manera independiente cuyo hijo padezca invalidez física o mental debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe dependiente de la madre tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre haya cotizado el mínimo de semanas exigido por el régimen

de prima media con prestación definida; este beneficio se suspenderá si la trabajadora se incorpora a la fuerza laboral.

Este beneficio se le otorgara al padre si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido estas condiciones le permitirán pensionarse antes de lo previsto en la ley.

4. CONCLUSIONES

La concepción general de la seguridad social comprende la solución eficaz de las necesidades básicas de las personas, tales como la salud, la alimentación, el subsidio al desempleo, la recreación, la educación, la independencia económica, y todas aquellas insuficiencias que hacen al ser humano carente de posibilidades reales para satisfacer elementalmente su dignidad como persona.

Su gran importancia y el reto que significa para todos los países contemplar dentro de su normatividad, reglas que permitan el desarrollo de bienestar para sus habitantes, han hecho necesario darle un orden legal y constitucional al concepto de seguridad social como instrumento de la política social tendiente a proporcionar a la población todos los recursos requeridos. Su relevancia está en su fin, entendido como la búsqueda de la defensa y propulsión de la paz y la prosperidad general de la sociedad, bien sea que se haga en masa o a través del bienestar individual de todos sus miembros.

Su fundamento es ser un mecanismo que humaniza y estabiliza las relaciones sociales y que sirve de instrumento para el desarrollo económico de los pueblos, con énfasis especial en la redistribución del ingreso.

En ese sentido la importancia de la seguridad social, la envuelve la idea de considerarla como el equivalente de una prosperidad mutua y general en un determinado conglomerado; pues su

noción está muy ligada a la búsqueda del progreso social. Al hombre por el solo hecho de tener esa condición, le asiste el derecho de seguridad social, pensado como la cobertura integral de sus contingencias y la garantía de obtener medios para el desarrollo completo de su personalidad.

Dada la cantidad de regímenes existentes en los que se contemplaban los criterios y requisitos para obtener una pensión, se puede decir que antes de 1993 en nuestro país no existía con total satisfacción y configuración un único y auténtico estatuto para el personal pensionado. Pero fue con la Constitución Política de 1991 que se concibió la necesidad de realizar profundas reformas, tendientes a la adopción de un sistema integral de seguridad social que permitiera a toda la población acceder a las prestaciones económicas y asistenciales vitales para hacer efectiva su condición humana.

Gracias al nacimiento de la Constitución de 1991, en nuestro país se cambia de forma de organización política dejando a un lado el modelo de Estado Bienestar y adoptando el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que constituye una fuente iluminadora de la actividad pública. Fue así como surgió una nueva perspectiva en el ordenamiento jurídico, a la que no escapó la seguridad social puesto que se le dio una categoría constitucional, se definió su concepto y se le consagraron varias normas rectoras; pues no de otra forma se haría una aproximación a los nuevos postulados del Estado.

En la nueva Constitución se estructuró la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, lo que implicó entonces el acogimiento de una cadena de medidas por parte del Estado y de la sociedad, encaminadas a proporcionar los medios necesarios para contrarrestar

las consecuencias negativas del trabajo o de las condiciones físicas y de salud de las personas, tales como el desempleo, la enfermedad, los accidentes, la vejez y entre muchas otras, la muerte.

La problemática y actual crisis del sistema pensional colombiana es un fenómeno multicausal de vieja data en el país, el cual se acrecienta con los años; y aunque en cada periodo de gobierno se realizan ingentes esfuerzo por reformar el sistema pensional con el propósito de reducir el déficit fiscal que han dejado décadas de implementar un sistema de pensiones plagado de varias falencias, aún así, en el futuro cercano, se presume que ésta seguirá siendo la constante y por ende, esto repercutirá en situaciones que harán que sea cada vez más difícil obtener una pensión, tanto para las actuales como para las futuras generaciones.

A pesar de lo anterior, y de conformidad con el Acto legislativo 01 de 2005, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetar los derechos adquiridos con arreglo a la Ley y suministrar el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo; por tanto, cualquier ley en materia pensional que se expida con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo, debe asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas, sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, y por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Parte de la problemática la constituye el hecho de que en Colombia existe un fenómeno muy arraigado en materia de pensiones, y son los constantes incumplimientos de los empleadores para

el pago de aportes a pensiones de los trabajadores; y a ello se suma que las mismas administradoras de pensiones no realizan las gestiones adecuadas para el cobro de las mismas. Posteriormente cuando el empleador busca la reclamación de su derecho a la pensión, éste debe enfrentar un sinnúmero de trabas que tanto las empresas como las mismas administradores de pensiones le imponen, lo cual se constituye en un sesgo para la obtención de su pensión, aún cuando la ley y la jurisprudencia le dan la razón a éste.

A lo anterior se suma que por años, los recursos estatales que deberían destinarse a cubrir las necesidades pensionales de los colombianos, se han direccionado hacia otros rubros, lo cual ha aumentado la brecha pensional; de igual modo, se han diseñado pensiones basadas en regímenes especiales que le han costado importantes recursos a la nación, dejando desprotegidos grandes sectores poblaciones, mientras que grandes mayorías hoy en día no tienen seguridad alguna en materia de un mínimo vital para su vejez, y menos aún en caso de presentarse una contingencia relacionada con una invalidez.

Aunque en materia pensional Colombia es un país que ha dado grandes pasos no sólo acogiendo a la normatividad pensional sino también adoptando nuevas normativas, de igual manera aún existen muchos vacíos y limitaciones que minimizan, en gran medida, las posibilidades de que una persona pueda aspirar a una pensión; por tanto, son también más reducidas las posibilidades de que esa pensión pueda darse de manera anticipada.

Como queda establecido a lo largo del presente trabajo, la observación y valoración del principio de progresividad, a partir de su creación en ordenamientos internacionales, de su

incorporación dentro del derecho colombiano, de su aplicación en la normatividad pensional del país y de su perfeccionamiento jurisprudencial, ha permitido su interpretación y, por ende, formalización, y dicha ratificación ha conducido, indudablemente, a reflexionar sobre su esencia, importancia y obligatorio cumplimiento dentro de la normatividad pensional de la nación.

De igual forma, para entender lo alcances de dicho principio es necesario valorarlo desde tres puntos de vista diferentes: desde los tratados internacionales, desde la normatividad colombiana y desde los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos, particularmente, por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sin olvidar que podría incluirse un cuarto elemento que podría corresponder a apreciaciones doctrinales; dichas perspectivas pueden ayudar a clarificar las razones por las cuales resulta inoperante el principio de progresividad en materia pensional en Colombia, puesto que las distintas reformas introducidas a este régimen por el legislativo se han convertido en medidas regresivas, las cuales sólo han sido contrarrestadas por fallos de tutela.

Todo ello lleva a determinar que es el legislativo colombiano el que se encuentra obligado a llevar a un grado pragmático a este principio mediante la generación de políticas públicas de ampliación y unificación del régimen pensional, propendiendo por el aumento progresivo de los beneficios alcanzados en materia pensional, brindando una mayor protección a los derechos prestacionales que por ley han adquirido quienes cotizan para pensionarse, más aún si se trata de adultos mayores, los cuales son sujetos de especial protección según el ámbito constitucional colombiano.

Teniendo como principio rector la sostenibilidad financiera en el Sistema de Seguridad Social y la eliminación del Régimen de Transición en el caso de la pensión de vejez, cada vez serán menos las contingencias protegidas y en menos etapas de la vida de la población, pues personas que han laborado toda su vida y están a la espera de disfrutar del esfuerzo laboral, verán inalcanzables sus derechos. Todo esto llevará sin lugar a dudas a la eliminación de los principios de Solidaridad y de Universalidad, porque se buscará que entre el tiempo de la afiliación, consecuente cotización y posterior goce de los derechos que encierra la Seguridad Social haya siempre una equivalencia económica.

En el caso del derecho a la pensión de vejez, se irá perdiendo cada día más la oportunidad de acceder a ella, porque dicho principio, buscará que el periodo de disfrute de la pensión deberá estar en concordancia con el periodo de cotización o afiliación. Desde un punto de vista teórico, en la medida que una persona permanezca más tiempo cotizando podría tener derecho a un mayor periodo para gozar de su pensión.

BIBLIOGRAFÍA

Afanador N., F. (1999). *El Sistema Pensional Colombiano*. Bogotá: Legis.

Alexi, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid Centro de estudios políticos y constitucionales.

Alonso, M., & Giraldo, J. (Eds). (2001). *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Escuela Nacional Sindical.

Arango V., J. (1983). *Derechos Adquiridos*. Bogotá: Ediciones 'Librería del Profesional.

Arbeláez R., M. (2006). *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*. Bogotá: Conciencias IDP-CINEP.

Arrieta, A. (2003). Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso del acceso a los servicios de salud. *Revista tutela: acciones populares y de cumplimiento*, 4(45), 1752-1785.

Ayuso, M., Guillén., M., & Valero, D. (2014). *Sostenibilidad del sistema de pensiones en España desde la perspectiva de la equidad y la eficiencia*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Bedoya H., M., Jiménez A., L. y Vahos Q., C. (2011). *Reconocimiento de los derechos prestacionales frente a la naturaleza jurídica del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado.

Berstein J., S. (Ed). (2010). *El sistema chileno de pensiones*. Santiago de Chile: Superintendencia de Pensiones.

Borrero R., L. (2005). Otros modelos para una salida a la crisis pensional. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (127), 19-24.

Cleiss, L. (2015). *El sistema francés de protección social*. Recuperado de http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/es_3.html

Ciprián C., C. (2011). *Principio de progresividad “en la pensión de vejez del régimen de prima media”*. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Libre Sede Bosque Popular.

Colfondos. (2016). *Glosario de pensiones*. Recuperado de <https://www.colfondos.com.co/glosario-de-pensiones>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. (2010). *Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicado: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)*. Bogotá. *Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila*.

Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS). (2003). *Evaluación de las Reformas. Informe sobre la Seguridad Social en América 2003*. México: CISS.

Congreso de la República. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*. Recuperado en octubre de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Congreso de la República. (1990). *Ley 50. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*. Recuperado en octubre de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=281>

Congreso de la República. (2001). *Ley 712. Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo*. Recuperado en octubre de 2015, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0712_2001.html

Correa H., M. (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-406*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón*.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-116*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz*.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-408*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz*.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-251*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero*.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-584*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia SU-111*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia SU-747*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1489*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero*.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-619*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra*.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-671*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett*.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-038*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett*.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-221*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil*.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-077*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil*.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-550*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra*.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-752*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto*.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-428*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo*.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-122*. Bogotá. *Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto*.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-110*. Bogotá. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-334*. Bogotá. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Gómez R., N., Duque Q., S., & González S., P. (2010). La pensión de vejez por deficiencia en la legislación colombiana: restricciones de acceso desde su instrumento evaluador. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 28(2), 19-39.

Mesa C., R. (2006). *El modelo de Diamond y su aplicación al ahorro voluntario generado por los fondos privados de pensiones en Colombia, 1995-2004*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Metaute P., C. (2009). *El trabajador independiente frente a los riesgos profesionales en el sistema general de seguridad social en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ocampo R., W., & Vargas E., C. (2005). *El régimen de transición en materia pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 en Colombia, y su naturaleza frente a la teoría de los derechos adquiridos*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Patiño B., C. (2006). *La tutela en pensiones*. Bogotá: Leyer.

Quinche R., M. (2008). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas.*

Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Redondo G., H. y Guzmán M., F. (2006). *La Reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. El Desastre de un Modelo Económico.* Bogotá: Asociación Médica Colombiana.

Ríos H., J. (2004). *La salud: de la asistencia social hacía un derecho fundamental. Un enfoque Socio-jurídico del Derecho a la salud.* Medellín: Universidad de Antioquia.

Román S., W. (2007). *Derechos Humanos. Concordados con las observaciones y recomendaciones generales adoptadas por los Comités de la Organización de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos.* Puerto Rico: Lulu.

Rosas V., G. (2000). La otra cara del problema pensional. *Seguridad Social al Día*, (17).

Sánchez T., R. (2008). La crisis del sistema pensional colombiano. Análisis de cobertura y críticas a las fallidas reformas. *Ensayos de economía*, (32), 135-164.

Sunkel, O. (2005). *Del desarrollo hacia adentro: Coordinación integración y equidad.* Bogotá: Corporación Viva la Ciudadanía.